Betrug durch Täuschung des Richters im ordentlichen Erkenntnisverfahren

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

Bernhard Eschershausen
Gerichtsreferendar in Kassel

1939

Verlag M. Dittert & Co., Dresden A 16, Pfotenhauerstraße 28/30

1. Gutachter: Professor Dr. Class.
2. Gutachter: Oberlandesgerichtspräsident Ungewitter.

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Dezember 1938.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Der Einfluß der Zivilprozeßnovelle vom 27. X. 1933 auf das Problem des Prozeßbetrugs. Die Abgrenzung des Themas . 7
1. Die vor der Novelle herrschende Ansicht 7
2. Änderung von verfahrensrechtlichen Vorschriften, mit denen die früher herrschende Lehre begründet wurde . . 8
3. Abgrenzung des Themas 9

§ 2. Die Täuschungshandlung 9
I. Die Vorspiegelung falscher Tatsachen 10
II. Die Unterdrückung wahrer Tatsachen 13
1. Durch positives Tun 14
2. Durch Unterlassen 16
III. Die Entstellung wahrer Tatsachen 23

§ 3. Die Erregung und Unterhaltung des Irrtums 23
I. Die möglichen Fälle eines richterlichen Irrtums . . . 23
A. Der Irrtum infolge unwahrer Behauptungen . . . 23
1. bei bestrittenen Behauptungen 24
2. bei unbestrittenen Behauptungen 24
B. Der Irrtum infolge Bestreitens wider besseres Wissen 27
C. Der Irrtum infolge Verschweigens rechtshindernder oder rechtsvernichtender Tatsachen 28
1. bei gleichzeitigem Bestreiten wider besseres Wissen 29
2. bei bloßem Verschweigen 29
II. Der ursächliche Zusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Irrtum 30
A. bei Vorspiegelung falscher Tatsachen 31
B. bei Unterdrückung wahrer Tatsachen durch positives Tun 36
C. bei Unterdrückung wahrer Tatsachen durch Unterlassen 36

Seite

§ 4. Die Vermögensverfügung und ihre Verursachung . . . 37
I. Die Vermögensverfügung 37
II. Der ursächliche Zusammenhang zwischen Irrtum und Vermögensverfügung 42
A. bei Irrtum infolge unwahrer Behauptungen . . . 42
1. bei bestrittenen Behauptungen 42
2. bei unbestrittenen Behauptungen 44
B. bei Irrtum infolge Bestreitens wider besseres Wissen 46
C. bei Irrtum infolge bloßen Verschweigens rechtshindernder oder rechtsvernichtender Tatsachen . . . 47

§ 5. Der Vermögensschaden 49

§ 6. Der subjektive Tatbestand 50

§ 7. Der Versuch 51
I. Durch bewußt unwahre Behauptungen 51
II. Durch Bestreiten wider besseres Wissen 54
III. Durch Verschweigen rechtshindernder oder rechtsvernichtender Tatsachen 55

§ 8. Ergebnis 56

Schrifttum.

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 8. Aufl. 1922.
Baumbach: Zivilprozeßordnung 12. Aufl. 1936.
Bell: Der Prozeßbetrug. Diss. Göttingen 1937.
Bernhardt: Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. DJZ 1936 Sp. 1404 ff.
Binding: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. 1. Band 2. Aufl. 1902.
Dalcke: Strafrecht und Strafprozeß. 26. Aufl. von Fuhrmann, Krug und Schäfer. 1935.
Ebermayer, Lobe und Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 4. Aufl. 1929 (zitiert: „L. K.").
Eckstein: Strafrechtliche Studien. G. S. Band 78 S. 144. 1911.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.
Frank: ZStW Band 12 S. 277 ff.
Ganske: Prozeßbetrug und Adäquanz. Strafrechtl. Abhandlungen Heft 280 1931.
Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 15. Aufl. 1934.
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. 2. Aufl. 1932.
Goedel: Prozeßbetrug. JW 1937, S. 1760 f.
Görres: Über das Verschulden im Prozesse. Z.Z.P. Band 34 S. 1 ff.
Grünhut: Zur Lehre vom Prozeßbetrug. RhZZP Band 13 S. 127 ff (1924). — JW 1925 S. 1498; JW 1927 S. 905.
Hahn: Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung. 1. Abteilung. 1880.
Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. 2. Band. 1. Abteilung. 1884.
Hamm: Betrug gegen den Prozeßgegner durch Täuschung des Richters. DJZ 1908 Sp. 1020.
Hegler: Betrug. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. VII. Band. 1907.
Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Band. 1907. — System des Deutschen Zivilprozeßrechts. I. Teil. 1912.
Jeremias: Der Prozeßbetrug. Diss. Rostock 1933.
Kisch: Wahrheitspflicht, Verhandlungsmaxime, Eventualmaxime. DJZ 1936 Sp. 913 ff.
Koffka: Der Prozeßbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozeßordnung. ZStW Band 54 S. 45 ff. 1935.
Kohler: Treu und Glauben im Verkehr. 1893.
Lent: Wahrheitspflicht der Partei im Zivilprozeß. JW 1933 S. 2674 f.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927.
Lorenz: Rechtsfolgen der Verletzung der Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. JW 1934 S. 875 ff.
Mezger: Deutsches Strafrecht. 1936.
Michel: Der strafbare Betrug im Zivilprozeß. Strafrechtliche Abhandlungen Heft 13. 1898.

v. Olshausen's Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. bearbeitet von Lorenz, Freiesleben, Niethammer, Kirchner und Gutjahr. 1927.
Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Ausgabe. Herausgegeben von Delius. 1901.
Philipsborn: Wahrheitspflicht, Prozeßbetrug und Prozeßschikane. Festschrift für Franz v. Liszt. S. 188 ff. 1911.
Planck: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Band. Allgem. Teil. 1887.
Rietzsch: Prozeßbetrug und Wahrheitspflicht. DStR 1934, S. 9.
— DJ 1934, S. 641 f.
Rosenberg: Das neue Zivilprozeßrecht nach dem Gesetz vom 27. Oktober 1933. ZZP Band 58, S. 283 ff.
— Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1931. Nachtrag nach dem Stande vom 1. Januar 1934.
Schmadalla: Betrug im Zivilprozeß. Diss. Marburg. 1929.
Schneider: Treu und Glauben im Zivilprozesse und der Streit über die Prozeßleitung. 1903.
Schütz: Der Prozeßbetrug. Diss. Jena. 1929.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1914.
Schwarze: Über die Strafbarkeit unwahrer Behauptungen der Parteien im Zivilprozesse. G. S. 18. Jahrgang. 1866. S. 105 ff.
Schwinge: J.W. 1937, S. 2383.
Sello: Wahrheitspflicht und Anwaltschaft. JW 1934, S. 536 f.
Staud: Die Umgestaltung des Erkenntnisverfahrens. DR. 1935, S. 570 ff.
— Neues Zivilprozeßrecht. DJ. 1933, S. 602 ff.
Titze: Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. Festschrift für Schlegelberger. 1936. S. 165 ff.
Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.
Wach: Grundfragen und Reform des Zivilprozeßrechts. 1914.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.
Welzel: Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. 1935.
Wurzer: Die Lüge im Prozesse. ZZP Band 48. S. 463 ff. 1920.

Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung.
DJ	Deutsche Justiz.
DR	Deutsches Recht.
DStR	Deutsches Strafrecht.
GS	Der Gerichtssaal.
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung.
JW	Juristische Wochenschrift.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RhZZP	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß.

§ 1. Der Einfluß der Zivilprozeßnovelle vom 27. X. 1933 auf das Problem des Prozeßbetrugs. Die Abgrenzung des Themas.

1. Vor der Zivilprozeßnovelle vom 27. X. 1933 war in der Frage des Prozeßbetrugs eine Ansicht vorherrschend. Sie ist bekannt und lautet: Durch bloße unwahre Behauptungen kann ein Betrug durch Täuschung des Richters im Zivilprozeß nicht begangen werden; denn der Richter darf bloßen Behauptungen keinen Glauben schenken. Stützt die Partei dagegen ihr unwahres Vorbringen auf Beweismittel, so ist Betrug möglich. Im Mahn- und Versäumnisverfahren gegen den Beklagten ist ein etwaiger Irrtum des Richters nicht Ursache der Entscheidung; denn er hätte dem Antrag auch dann stattgeben müssen, wenn er nicht getäuscht worden wäre. Insoweit scheidet Betrug ebenfalls aus.

Das Reichsgericht hat diese Ansicht in einer mehrere Jahrzehnte langen Rechtsprechung vertreten[1]) und sie erst nach der Zivilprozeßnovelle vom 27. X. 1933 aufgegeben.[2]) Soweit es sich um den Betrug im Mahn- und im Versäumnisverfahren gegen den Beklagten handelt, hat es aber seine bisherige Meinung beibehalten.[3]) Diese Ansicht hatte auch in der strafrechtlichen Theorie viele Anhänger, z. B. Allfeld[4]), Ebermayer[5]), Hälschner[6]), v. Liszt-Schmidt[7]), Olshausen-Kirchner[8]), Oppenhoff-Delius[9]) und Schwartz.[10]) Von den Theoretikern des Verfahrensrechts hat Wach[11]) sie befürwortet, und Gaupp-Stein-Jonas[12]) be-

---

1) RGSt 1, 227; 3, 169; 5, 321; 16, 193; 20, 391; 32, 1; 36, 114; 40, 9; 42, 410 u. a.

2) RGSt 69, 44. DJ 1935 II S. 1741. JW 1936, 196 Nr. 19. JW 1937, 2391 Nr. 58. JW 1938, 855 Nr. 5.

3) RGSt 69, 44.

4) Allfeld, Lehrbuch. 8. Aufl. (1922) S. 473/4.

5) Ebermayer, Lobe u. Rosenberg, L. K. 4. Aufl. (1929) § 263 Note 5 d.

6) Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. 2. Bd. 1. Abt. (1884). S. 267/8.

7) v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch. 25. Aufl. (1927). § 139 II 3, S. 672.

8) Olshausen, Kommentar. 11. Aufl. (1927). § 263 Note 40.

9) Oppenhoff-Delius, Strafgesetzbuch, 14. Ausgabe (1901). § 263 Note 61.

10) Schwartz, Strafgesetzbuch § 263 N. 7 f.

11) Wach, Grundfragen u. Reform des Zivilprozesses (1914) S. 32.

12) Gaupp-Stein-Jonas. Kommentar zur ZPO. 15. Aufl. (1934). Vorbem. IV 3 vor § 128 Note 48.

ruft sich noch in der neuesten (15.) Auflage des Kommentars auf sie. Ihre Begründung ist jedoch nicht einheitlich. Andererseits ist sie von manchen Strafrechtlern abgelehnt worden, und zwar gerade von bedeutenden, z. B. Binding[13]), Frank[14]) und Hegler[15]), außerdem von dem Verfahrensrechtler Hellwig.[16]) Ohne sich der Übertreibung schuldig zu machen, wird man sagen dürfen, daß die Frage des Prozeßbetrugs auch schon vor der Zivilprozeßnovelle von 1933 eine der umstrittensten war.

2. Die Zivilprozeßnovelle vom 27. X. 1933 hat unter anderem die Wahrheitspflicht gesetzlich festgestellt und die Parteivernehmung neu eingeführt. Diese beiden Neuerungen lassen mehrere verfahrensrechtliche Sätze, mit denen die bisherige herrschende Lehre vom Prozeßbetrug begründet wurde, sehr zweifelhaft erscheinen. Vor der Novelle war die Ansicht verbreitet[17]), das Bestreiten sei lediglich eine Aufforderung zum Beweise und die Partei sei daher zum Leugnen berechtigt. Nach dieser Auffassung konnte das Bestreiten wider besseres Wissen keine Täuschungshandlung darstellen. Kann sie im Hinblick auf § 138 Abs. 1 ZPO aufrecht erhalten werden?

Der fehlende Kausalzusammenhang zwischen einem Irrtum des Richters und seiner Entscheidung im Mahn- und Versäumnisverfahren gegen den Beklagten wurde damit begründet, der Richter hätte ebenso entscheiden müssen, wenn ihm die Unwahrheit des Sachvortrags bekannt gewesen wäre. Ist der zur Begründung herangezogene Satz heute bei Berücksichtigung der Wahrheitspflicht noch richtig? Muß man bei gegenteiliger Ansicht den Kausalzusammenhang zwischen Irrtum und Entscheidung bejahen?

Eine Rechtspflicht des Klägers zur Mitteilung von rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen wurde bisher nicht anerkannt. Ist die Vollständigkeitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO eine solche Offenbarungspflicht? Kann Prozeßbetrug auch durch Verschweigen begangen werden?

---

13) Binding, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil 1. Bd. 2. Aufl. (1902) S. 350 N. 2.

14) Frank, Strafgesetzbuch. 18. Aufl. (1931). § 263 Anm. VI 2 und ZStW Bd. 12 S. 319.

15) Hegler, Vergl. Darst. Bes. Teil Bd. VII S. 437/8.

16) Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Bd. (1907), S. 46/7.

17) Die zweifelhaft gewordenen Meinungen und die infolge der Novelle neu entstandenen Ansichten werden hier, im § 1, nur angedeutet. Ihre genauere Untersuchung und die Literaturangabe enthalten die folgenden Paragraphen.

In der Parteivernehmung ist die bloße Partei a u s s a g e zum Beweismittel erhoben worden. Läßt sich nun noch der Satz aufrecht erhalten, der Richter dürfe bloßen Parteibehauptungen nicht glauben?

Diese Fragen zeigen, daß die Lehre vom Prozeßbetrug nach der Zivilprozeßnovelle von 1933 einer Überprüfung bedarf. Auf die Notwendigkeit, seine Rechtsprechung im Hinblick auf die Zivilprozeßnovelle von neuem zu untersuchen, hat das Reichsgericht[18]) selbst hingewiesen.

3. Die durch die Novelle eingeführten Neuerungen betreffen vor allem das Erkenntnisverfahren. Demgemäß wird hier nur der Betrug in diesem Verfahren behandelt. Vom Betrug im Mahnverfahren, im Arrestprozeß und in der Zwangsvollstreckung ist hier also keine Rede. Weiterhin handelt die Arbeit nur vom o r d e n t l i c h e n Erkenntnisverfahren, also nicht vom Urkunden-, Wechsel-, Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungsprozeß.[19])

Eine andere Einschränkung ergibt sich noch aus folgendem: Der Richter kann über solche Tatsachen getäuscht werden, von denen die Z u l ä s s i g k e i t d e s V e r f a h r e n s abhängt; z. B. der Kläger spiegelt seine (in Wirklichkeit nicht bestehende) Prozeßfähigkeit vor und macht einen ihm zustehenden Anspruch geltend. Die Frage, ob durch Täuschung des Richters über solche prozessualen Umstände Betrug begangen werden kann, wird hier ebenfalls nicht behandelt.

§ 2. Die Täuschungshandlung.

Der Betrüger erregt oder unterhält einen Irrtum. W i e er diesen Erfolg herbeiführen muß, um strafbar zu werden, schreibt das Gesetz vor. § 263 StGB verlangt ein bestimmtes Verhalten des Täters: er muß den Irrtum „durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen" erregen oder unterhalten. Diese drei Arten des Verhaltens des Täters faßt man unter dem Begriff „Täuschungshandlung" zusammen.

Die Täuschungshandlung bezieht sich nur auf „T a t s a c h e n". Dieser Begriff wird durch zwei Gegensätze bestimmt. „Tatsache" kann nur sein, was der Gegenwart oder Vergangenheit angehört; ausgeschlossen ist somit alles, was in der Zukunft liegt.[1]) Außerdem muß

---

18) JW 1934 S. 1853 Nr. 7.

19) Bei Berücksichtigung auch dieser Verfahrensarten würde das Thema zu umfangreich sein.

1) Ebermayer, L. K. § 131 Anm. 2. Frank § 263 II 1. v. Liszt-Schmidt § 96 II 2 S. 514. Olshausen-Lorenz § 31 Note 2.

es sich um etwas handeln, was wahrnehmbar und damit auch nachweisbar ist. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Wahrnehmbarkeit auf den Sinnen oder auf Selbstbeobachtung beruht. Tatsachen können daher auch Vorgänge im Inneren des Menschen sein (z. B. Absichten). Ausgeschlossen sind also namentlich Werturteile.[2])

I. Eine Vorspiegelung falscher Tatsachen ist dann gegeben, wenn Tatsachen als wahr dargestellt werden, die in Wirklichkeit gar nicht vorliegen. Besondere Maßnahmen, aus denen sich der Schein der Wahrheit ergeben soll, sind nach herrschender Meinung nicht erforderlich.[3])

Vorspiegelungen falscher Tatsachen innerhalb des Zivilprozesses sind daher: unwahre Aussagen von Zeugen und unwahre Behauptungen der Parteien oder deren Vertreter (Anwälte). Unter Behauptung (im Sinne des Zivilprozeßrechts) ist das Vorbringen von Tatsachen zu verstehen, die eine Rechtsfolge begründen sollen; z. B. soll die Behauptung des Beklagten, der Kaufpreis sei gezahlt, die Rechtsfolge begründen, daß die Kaufpreisforderung des Klägers erloschen ist. — Nun kann die Partei ihre Behauptungen durch Beweismittel unterstützen. Als solche kommen in Frage: Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden und Parteivernehmung. Eine bloße Behauptung reicht jedoch aus, um eine Vorspiegelung i. S. des § 263 StGB auszuführen; denn — so wurde oben bereits festgestellt — besondere Maßnahmen zum Glaubhaftmachen der Unwahrheit sind nicht erforderlich.

Dem Inhalte nach können Tatsachen vorgespiegelt werden, die für die Streitsache selbst (für den geltend gemachten Anspruch) von Bedeutung sind, und solche, von denen die Zulässigkeit des Verfahrens abhängt. Die Frage, ob durch Täuschung des Richters über die zuletzt genannten Umstände ein Betrug begangen werden kann, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt (vgl. § 1, 3).

Die Feststellung, die unwahre Parteibehauptung im Zivilprozeß sei eine Vorspiegelung falscher Tatsachen, stimmt mit der früher herrschenden Lehre nicht überein. In einer jahrzehntelangen, heute allerdings aufgegebenen Rechtsprechung hat das Reichsgericht die Ansicht vertreten, daß „einseitige, durch keinerlei die richterliche Überzeugung beeinflussende Beweismittel unterstützte Parteibehauptungen in einem Rechtsstreit überall nicht unter den Begriff der Vorspiegelung unwahrer Tatsachen fallen".[4]) Benutzt die Partei dagegen Beweismittel, um

---

2) Wie Fußnote 1).

3) Ebermayer LK § 263 Anm. 2 a. Frank § 263 II 1. Olshausen-Kirchner § 263 N. 10 a. Allfeld S. 472. A. M.: Kohler, Treu und Glauben im Verkehr S. 23. Wachenfeld S. 406.

4) RGSt 5, 321 (322); 20, 391 (392); 32, 1 (3); 36, 86.

ihrem Vorbringen den Schein der Wahrheit zu verleihen, so soll die Täuschungshandlung vorliegen.[5]) Die Begründung nimmt das Reichsgericht aus dem Verfahrensrecht: Der Zivilrichter dürfe den einseitigen Parteibehauptungen als solchen keinen Glauben schenken. Noch deutlicher ist die Entscheidung RGSt 32, 1: Hier wird der Anfang der Ausführung der Täuschungshandlung nicht als gegeben angesehen, weil das Verhalten der Partei keine Beweiskraft hatte. Die gleiche Ansicht ist bei Liszt-Schmidt[6]) zu finden: Ein Vorspiegeln sei nicht gegeben, wenn es sich nur um einfache, durch Vernehmung der Gegenpartei bzw. des zu Beschädigenden als unwahr erkennbare Parteibehauptungen handelt; ein „Fälschen der Beweisgrundlage selbst" müsse vorliegen. Ähnlich Görres[7]): Ein subjektiv unwahres Vorbringen, welches nicht durch Beweisantritt unterstützt sei, erscheine nicht als geeignet, den Richter zu täuschen, und somit nur als straflose Vorbereitungshandlung. Infolgedessen liegt dann nach Görres auch kein Anfang der Ausführung der Täuschungshandlung vor. Als Betrugsmerkmal dagegen erscheine eine wissentlich unwahre Parteibehauptung, welche durch falsche oder echte Beweismittel unterstützt werde.

Die vorgetragene Meinung war auch schon vor der Novelle vom 27. X. 1933 sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis unrichtig. Der vom Reichsgericht aufgestellte Satz, der Zivilrichter dürfe bloßen Parteibehauptungen nicht glauben, erscheint bedenklich. Er mag aber zugunsten der vorgetragenen Meinung zunächst als richtig unterstellt werden. Aus ihm ergibt sich jedoch nicht, daß unwahre Parteibehauptungen keine Täuschungshandlungen sind. Vorspiegelung falscher Tatsachen ist die Handlung des Täters. Für die Frage, ob eine Vorspiegelung vorliegt oder nicht, ist daher einzig und allein das Verhalten des Täters maßgebend. Das Tun und Lassen des Getäuschten spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Und daß der Getäuschte zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, ist ebenfalls bedeutungslos. Der zur Begründung herangezogene Satz ist daher nicht schlüssig.

Görres[8]) begründet die hier abgelehnte Ansicht damit, daß das unwahre, durch Beweismittel nicht unterstützte Parteivorbringen nicht geeignet sei, den Richter zu täuschen. Und wenn das Reichsgericht seine (frühere) Meinung darauf stützte, der Richter dürfe bloßen Parteibehauptungen ja gar nicht glauben, so machte es damit ebenfalls

---

5) RGSt 3, 169 (171); 16, 193 (194); 20, 391 (392); 36, 114 (118); 39, 143 (144).

6) Liszt-Schmidt, Lehrbuch § 139 II 3 S. 672.

7) Görres, Über das Verschulden im Prozesse. ZZP 34 S. 50.

8) Wie Fußnote 7).

geltend, daß das Parteivorbringen allein zur Herbeiführung des Irrtums nicht geeignet ist. Verlangt man, daß das Täuschungsmittel geeignet ist, den Erfolg Irrtum zu bewirken, so führt man damit den Gedanken adäquater Verursachung ein. Dieser gehört aber nicht hierher. Die Eignung des Täuschungsmittels ist kein Erfordernis des hier behandelten Tatbestandsmerkmals. Sie ist bei der Untersuchung des Kausalzuammenhangs zu prüfen[9]), wenn man die Adäquanztheorie vertritt.

Die Untersuchung der früher herrschenden Lehre hat an dem im Anfang festgestellten Ergebnis nichts geändert. Eine bloße unwahre Behauptung reicht aus, um dem Erfordernis der Vorspiegelung falscher Tatsachen zu genügen.[10]) Damit steht auch die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts[11]) im Einklang, denn nach ihr kann Prozeßbetrug schon durch bloße unwahre Parteibehauptungen begangen werden.

Bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals Vorspiegelung ist nur der objektive Sachverhalt zu beachten. Die Frage, ob der Täter die Unwahrheit seines Vorbringens kannte oder ob er sie nur für möglich hielt, gehört hiernach erst in die Behandlung des subjektiven Tatbestands. Die Zweckmäßigkeit gebietet aber, hier anders zu verfahren. — Der ordentliche Erkenntnisprozeß wird vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht. Nach ihm ist nur das Vorbringen der Parteien Grundlage des Urteils. Das Gericht selbst darf keine Tatsachen einführen. Folglich muß die Partei alle diejenigen Tatumstände behaupten, die zur Begründung der geltend gemachten Rechtsfolge erforderlich sind: Das Vorbringen der Partei muß schlüssig sein. Nun ist es unmöglich, daß die Parteien die Wahrheit der zur Begründung erforderlichen Tatsachen immer mit Sicherheit kennen. Vielfach werden sie die Wahrheit solcher Tatsachen für ebenso möglich wie deren Unwahrheit halten müssen. Wer z. B. aus § 826 BGB klagt, kann nur selten wissen, daß der Vorsatz des Beklagten sich wirklich auf die Verursachung des Schadens selbst gerichtet hat, denn Vorgänge im Inneren des Beklagten sind dem Kläger gewöhnlich unbekannt. Der Kläger muß jenes aber behaupten, weil sein Vorbringen sonst nicht

---

9) Übereinstimmend Ganske, Prozeßbetrug und Adäquanz, S. 37.

10) Im Ergebnis übereinstimmend: Jeremias, Der Prozeßbetrug, S. 44; Schmadalla, Betrug im Zivilprozeß, S. 21/22; Schütz, Der Prozeßbetrug, S. 7. Bell (Der Prozeßbetrug, S. 12) und Ganske, a. a. O., S. 37 ff., sind der Ansicht, daß die bewußt unwahre Parteibehauptung eine Vorspiegelung falscher Tatsachen sei.

11) DJ 1935 II S. 1741 = JW 36, 196 Nr. 19. JW 1937, 2391 Nr. 58. JW 1938, 855 Nr. 5.

schlüssig ist.[12]) Bei diesem Sachverhalt gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder darf die Partei nur das behaupten, was sie genau weiß. Dann können viele begründete Ansprüche nicht geltend gemacht werden. Oder die Partei darf auch solche Tatsachen behaupten, deren Wahrheit (und Unwahrheit) sie nur für möglich hält. Dann können alle gegebenen Ansprüche eingeklagt werden. Die zweite Möglichkeit wird allein den Bedürfnissen des Lebens gerecht. Diesen Erwägungen entspricht auch die Auslegung des § 138 Abs. 1 ZPO. Nach herrschender Ansicht[13]) ist die Wahrheitspflicht das Verbot, bewußt die Unwahrheit zu sagen. Im Zivilprozeß ist also die Behauptung bewußt unwahrer Tatsachen rechtswidrig (die Rechtswidrigkeit ist hier von einem subjektiven Moment abhängig). Umgekehrt ist es dann erlaubt, solche Tatsachen anzuführen, deren Wahrheit und Unwahrheit man nur für möglich hält. Ist dieser Umkehrschluß zulässig? Oder darf er wegen § 263 StGB gerade nicht gezogen werden? § 138 ZPO ist hier die Spezialvorschrift. Sie sagt, was im Prozeß rechtmäßig und was widerrechtlich ist. Die Richtigkeit des Umkehrschlusses ergibt sich endlich aus den oben angestellten Erwägungen, auf denen die Auslegung des § 138 Abs. 1 ZPO beruht. — Wer im Prozeß unwahre Tatsachen anführt, deren Wahrheit und Unwahrheit er nur für möglich hält, handelt nicht rechtswidrig, sondern rechtmäßig. Die in einer solchen Handlung enthaltene Vorspiegelung ist daher nicht rechtswidrig. Damit scheidet dieser Fall aus der weiteren Behandlung aus.

Koffka[14]) meint, daß in solchem Fall keine Täuschungshandlung vorliege. Für die Frage, ob eine Vorspiegelung gegeben ist, ist aber nur der objektive Sachverhalt maßgebend. Das Bewußtsein des Täters kann meines Erachtens bei der Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals keine Rolle spielen. Im praktischen Endergebnis laufen die von Koffka und die hier vertretene Ansicht auf dasselbe hinaus.

II. Bei dem durch Unterdrückung verursachten Irrtum ist die Vorstellung deshalb falsch, weil sie unvollständig ist. In dem Bild, das der Getäuschte sich von einem Vorgang oder einem Zustand gemacht hat, fehlt eine Tatsache. Die Unvollständigkeit kann nun darauf beruhen, daß der Getäuschte von der Tatsache überhaupt nichts weiß, oder darauf, daß er sie nicht berücksichtigt, weil er sie für unwahr

---

12) Beispiel von Bernhardt, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. DJZ 1936 Sp. 1404.

13) Baumbach, ZPO § 138 Anm. 1 IA. Bernhardt a. a. O. Welzel, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß S. 8.

14) Koffka, Der Prozeßbetrug unter Berücksichtigung der neuen ZPO. ZStW 54 S. 54.

hält. Unterdrückung wahrer Tatsachen ist also ein Handeln, das darauf gerichtet ist, daß ein anderer eine Tatsache nicht berücksichtigt. Franks Definition weicht hiervon ab: Unterdrückung sei „eine solche Handlung, die darauf berechnet ist, eine Tatsache der Kenntnisnahme eines anderen zu entziehen".[1]) Diese Erklärung ist enger als die erste, weil sie den Fall nicht umfaßt, wo der Getäuschte eine Tatsache unberücksichtigt läßt, weil er sie für unwahr hält.

Die Unterdrückung wahrer Tatsachen kann begangen werden durch positives Tun oder durch Unterlassen. Im letzten Fall muß aber eine Rechtspflicht zum Handeln gegeben sein.

1. Unterdrückung durch positives Tun.

Hier ist zu untersuchen, ob das Bestreiten im Zivilprozeß eine Täuschungshandlung bildet, wenn die bestrittene Behauptung der Wahrheit entspricht. Dem Wortsinn nach ist das Bestreiten die Erklärung der einen Partei, der Sachvortrag der anderen Partei stimme mit der Wirklichkeit nicht überein. Es gibt aber widersprechende Ansichten. Rosenberg[2]) schreibt, die Bestreitung im Zivilprozeß habe nicht zum Inhalt, daß die Behauptug unwahr sei, sondern wolle nur die sonst eintretenden Folgen von § 138 Abs. 3 abwenden und die Behauptung beweisbedürftig machen. Nach Planck[3]) ist das Bestreiten nur ein anderer Ausdruck für den Antrag auf Prüfung des Bestrittenen. Ähnlich Schwarze[4]): In dem Ableugnen des Gegners liege die Aufforderung an die Partei zum Beweise.

Legt man das Bestreiten in der genannten Weise aus, so muß es auch immer erlaubt sein, gleichgültig, ob die bestrittene Behauptung wahr ist oder nicht. Zu diesem Ergebnis gelangte das Reichsgericht[5]): „Der Schuldner ist rechtlich nicht verpflichtet, das Bestehen der Schuld einzugestehen; er ist befugt, vom Gegner Beweise zu erwarten und bis zu deren Erbringung zu leugnen." Die gleiche Folgerung zieht Planck[6]): Wie der Angegriffene antworten wolle, ob er zugestehen oder bestreiten, ferner was er zugestehen, was bestreiten wolle, das stehe in seinem Belieben. Die bestreitende Antwort sei ein positives

---

1) Frank § 263 II 2. Fast ebenso Ebermayer LK § 263 Anm. 2 b.

2) Rosenberg, Das neue Zivilprozeßrecht nach dem Gesetz vom 27. Oktober 1933. ZZP 58 S. 287.

3) Planck, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd. Allg. Teil, S. 285, Fußnote 13.

4) Schwarze, Über die Strafbarkeit unwahrer Behauptungen der Parteien im Civilprozesse. Gerichtssaal 18. Jahrg. S. 107.

5) RGSt 23, 244 (245).

6) Planck, a. a. O. S. 285.

Prozeßrecht, über dessen Ausübung der Beklagte frei verfüge. Gleicher Ansicht sind im Ergebnis Görres[7]) und Schneider[8]).

Die vorgetragenen Ansichten können nach der Zivilprozeßnovelle vom 27. Oktober 1933 nicht mehr aufrecht erhalten werden. Das Bestreiten ist eine „Erklärung über tatsächliche Umstände": die vom Gegner angeführten Tatsachen werden für nicht geschehen oder nicht vorhanden erklärt. Nach § 138 Abs. 1 ZPO haben aber die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände der Wahrheit gemäß abzugeben. Die hiernach nicht mehr haltbare Meinung versuchte Görres[9]) mit Rücksicht auf die Lage des Rechtsanwalts zu begründen. Nicht wegen aller in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen nova sei es angängig, Vertagung zu begehren. Häufig genug müsse sich der Anwalt darauf beschränken, das gegnerische Vorbringen zu bestreiten; dazu sei er im Interesse seiner Partei selbst dann verpflichtet, wenn das Vorgetragene nach Lage der Sache sehr wohl wahr sein könne. Dieser Einwand steht in keinem Gegensatz zur heute geltenden Regelung. § 138 Abs. 1 verbietet nur das Bestreiten wider besseres Wissen.[10]) Nur dann, wenn die bestreitende Partei die Richtigkeit der gegnerischen Behauptungen kennt, verstößt sie gegen die Wahrheitspflicht. Umgekehrt handelt die bestreitende Partei nicht rechtswidrig, wenn sie die Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Behauptung nur für möglich hält. Dieses Verhalten scheidet wegen der fehlenden Rechtswidrigkeit aus der weiteren Darlegung aus (vgl. § 2 I am Ende). Weiß der Anwalt nicht, ob die Behauptung wahr ist, so darf er sie also bestreiten.

Ferner kann man das Bestreiten auch nicht mehr als eine Aufforderung zum Beweis oder einen Antrag auf Prüfung des Vorgebrachten auslegen. Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Eine bloße Aufforderung zum Beweis kann niemals rechtswidrig sein, auch dann nicht, wenn die bestreitende Partei die Richtigkeit der gegnerischen Behauptungen kennt. Sie muß immer erlaubt sein. Würde man nun das Bestreiten als eine Aufforderung zum Beweis auslegen, so dürfte die eine Partei die Behauptungen der anderen auch dann bestreiten, wenn sie die Wahrheit dieser Behauptungen kennt. Dann wäre also ein Bestreiten wider besseres Wissen erlaubt. Dieses Ergebnis widerspricht aber dem § 138 Abs. 1 ZPO, der, wie oben S. 15 näher ausgeführt wurde, das Bestreiten wider besseres Wissen gerade verbietet. Da die

---

7) Görres, a. a. O. S. 42.
8) Schneider, Treu und Glauben im Zivilprozesse S. 4.
9) Görres, a. a. O. S. 42.
10) Welzel, a. a. O. S. 8/9; Bernhardt, a. a. O. S. 1404; Lent, Wahrheitspflicht der Partei im Zivilprozeß, JW 1933 S. 2675, und Staud, Neues Zivilprozeßrecht, DJ 33 S. 602.

Auslegung des Bestreitens als einer Aufforderung zum Beweis zu einem Ergebnis führt, das im Widerspruch zu § 138 Abs. 1 ZPO steht, ist sie heute unrichtig. Das Gleiche gilt für die Auslegung des Bestreitens als eines Antrags auf Prüfung des Vorbringens der anderen Partei.

Nach der Ansicht von Lent[11]) soll in einem besonderen Fall sogar das Bestreiten wider besseres Wissen zulässig sein: Die Partei brauche sich nur auf genaue Behauptungen des Gegners wahrheitsgemäß zu erklären, damit sie nicht durch das Aufstellen allgemein und weit gefaßter Behauptungen ausgehorcht und zur Offenbarung von Tatsachen gezwungen werden könne, die der Behauptende selber nicht kennt. — Diese Meinung kann nicht gebilligt werden. Nach Absatz V des Vorspruchs zur Zivilprozeßnovelle dienen die neuen Vorschriften dazu, „dem Richter eine sichere Findung der Wahrheit" zu ermöglichen. Die Auslegung von Lent wendet sich aber gerade dagegen, daß der Richter alle erheblichen Tatsachen erfährt. Sie ist daher schon auf Widerspruch gestoßen.[12])

Als Ergebnis ist folgendes festzustellen: Das Bestreiten wider besseres Wissen im Zivilprozeß ist darauf gerichtet, daß der Richter das Bestrittene nicht berücksichtigt. Es ist deshalb als eine Unterdrückung wahrer Tatsachen anzusehen.[13])

2. Unterdrückung wahrer Tatsachen durch Unterlassen.

Eine Unterdrückung wahrer Tatsachen kann auch durch Unterlassen, also durch Schweigen, begangen werden. Erforderlich zur Rechtswidrigkeit ist aber eine Rechtspflicht zur Mitteilung der verschwiegenen Tatsachen.[14]) Besteht im Zivilprozeß eine Rechtspflicht zur Offenbarung? Vor der Zivilprozeßnovelle vom 27. X. 1933 gab es nach herrschender Meinung keine Mitteilungspflicht.[15]) Heute kommt die Pflicht zu vollständiger Erklärung gemäß § 138 I ZPO in Frage. Sie ist im folgenden zu untersuchen.

§ 138 I ZPO lautet: „Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben." Der Ausdruck „vollständig" ist, für sich allein betrachtet,

---

11) Lent, a. a. O. S. 2675.

12) Welzel, a. a. O. S. 9; Sello, Wahrheitspflicht und Anwaltschaft, JW 1934 S. 537; Rosenberg ZZP 58 S. 290.

13) Im Ergebnis übereinstimmend: Koffka, a. a. O. S. 55/56, und Bell, a. a. O., S. 15 f.

14) Ebermayer LK § 263 Anm. 2 b; Frank § 263 II 3 a.

15) RGSt 32, 1 (3).

mehrdeutig und unklar. Zu genauer Bestimmung der Vollständigkeitspflicht reicht er nicht aus. Es müssen daher noch andere Momente zu seiner Auslegung herangezogen werden: Die Verpflichtung zu vollständiger und die zu wahrheitsgemäßer Erklärung sind in einem und demselben Satz niedergelegt. Im Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird dieser Satz unter der Überschrift „Wahrheitspflicht" gebracht. Daraus folgt: Beide Pflichten gehören zusammen. Sie dienen der Erreichung des gleichen Zieles, nämlich der Findung der Wahrheit. Würde mit der Vollständigkeitspflicht ein anderer Zweck verfolgt, so hätte sie nicht unter der Überschrift „Wahrheitspflicht" stehen dürfen. Das Gleiche enthält Absatz III des Vorspruches des Gesetzes vom 27. X. 1933: „Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheit irrezuführen ..." Nur ist hier der Zweck negativ ausgedrückt: Verhinderung der Irreführung des Gerichts.

Der Zweck des Gesetzes ist maßgebend für seine Auslegung. Was ihm — der Findung der Wahrheit oder negativ: der Verhinderung der Irreführung — dient, ist geboten; was ihm zuwiderläuft, ist verboten. Wenn nun die Irreführung des Gerichts vermieden werden soll, so ist zunächst zu fragen: Wie kann der Irrtum, die falsche Vorstellung zustande kommen? Um den Erfolg Irreführung ausschließen zu können, müssen seine Entstehungsgründe erst festgestellt werden.

Der Irrtum kann sich auf eine einzelne Tatsache beziehen oder auf das Gesamtbild, das sich aus mehreren Einzeltatsachen ergibt. Für die Auslegung der Vollständigkeitspflicht ist nur der letzte Fall von Bedeutung. Das Gesamtbild, das jemand aus mehreren Tatsachen gewonnen hat, — oder anders ausgedrückt: die Vorstellung vom Ergebnis mehrerer Tatsachen — kann aus zwei Gründen falsch sein: Entweder stimmen eine oder mehrere einzelne Tatsachen mit der Wirklichkeit nicht überein. Oder eine oder mehrere Tatsachen fehlen im Gesamtbild, sind für das Ergebnis nicht berücksichtigt. Im ersten Fall wird der Irrtum dadurch herbeigeführt, daß man den Urteilenden belügt. Hiergegen wendet sich die Pflicht zu wahrheitsgemäßer Erklärung nach § 138 I ZPO. Im zweiten Fall wird die falsche Vorstellung dadurch erzeugt, daß man dem Richter nicht alle erheblichen Tatsachen berichtet. Die Vorstellung ist falsch, weil der Vortrag unvollständig ist.

Ein Beispiel möge dies verdeutlichen. S erhält von G eine Geldsumme. Sie geben wechselseitig Willenserklärungen ab, wonach S sich verpflichtet, die gleiche Summe an einem bestimmten Zeitpunkt dem G zurückzugeben. Enthält nun die Vorstellung beide Tatsachen (Hingabe des Geldes und Vereinbarung), so besagt das Gesamtbild, daß G von S das Geld zurückverlangen kann. Fehlt dagegen eine Tatsache

in der Vorstellung des Urteilenden, so kommt er zu dem falschen Ergebnis, daß G das Geld nicht zurückverlangen kann (wenn die Vereinbarung fehlt, jedenfalls zu der falschen Ansicht, daß G keine Darlehensforderung gemäß § 607 I BGB gegen S hat). — S gibt dem G das Geld zurück. Fehlt diese Tatsache in der Vorstellung des Richters, so kommt er zu dem Ergebnis, daß G die Forderung gegen S noch hat. Weiß er dagegen von der Zahlung, so kommt er zu der Ansicht, daß G das Geld nicht mehr verlangen kann.

Die Unvollständigkeit läßt also ein falsches Gesamtbild entstehen. Durch einen unvollständigen Sachvortrag kann das Gericht irregeführt werden. Zweck der Vollständigkeitspflicht ist, eine Irreführung des Gerichts zu verhindern. Die Partei muß daher — dieser Pflicht genügend — alle die Tatsachen vorbringen, deren Fehlen eine falsche Vorstellung des Gerichts bewirken würde.

Daraus folgt, daß es nur eine Pflicht zur Mitteilung rechtlich erheblicher Tatsachen gibt. Mit dem gewonnenen Ergebnis übereinstimmend, erklärt das Reichsgericht[16]): Die „Forderung, daß die tatsächlichen Erklärungen der Parteien auch vollständig sein sollen, bringt nur zum Ausdruck, daß es einer unwahren Sachdarstellung gleichkommt, wenn ein vorgetragener Sachverhalt durch Verschweigen erheblicher Einzelheiten entstellt wird". Ebenso Kisch[17]): Die Unvollständigkeit der Angaben sei nur dann pflichtwidrig, „wenn sie ein (nicht bloß lückenhaftes, sondern) im Gesamtergebnis falsches Bild des Tatbestandes zu erwecken geeignet ist".

Das Fehlen welcher Tatsachen im Sachvortrag der Parteien würde das Gericht nun irreführen? Hier sind, aber nur zunächst, alle die Tatsachen zu nennen, die für die Entstehung oder den Untergang eines Rechtes von Bedeutung sind. Diese sind die klagbegründenden, die rechtshindernden und die rechtsvernichtenden Tatsachen. Die Frage, ob die Parteien verpflichtet sind, die ihnen günstigen Tatsachen vorzubringen, oder ob es aus anderen Gründen in ihrem Belieben steht, welche Angriffs- und Verteidigungsmittel sie zu ihren Gunsten geltend machen, ist für das Problem des Prozeßbetrugs bedeutungslos.[18]) Unterläßt es der Kläger bzw. der Beklagte, klagbegründende, bzw. rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen zu behaupten,

---

16) RG JW 1937 S. 2382.

17) Kisch, Wahrheitspflicht, Verhandlungsmaxime, Eventualmaxime. DJZ 1936 Sp. 917.

18) Das Reichsgericht (JW 37 S. 2382) hat (wohl mit Recht) erklärt: „... es ist den Parteien freigestellt, welche Angriffs- oder Verteidigungsmittel ... sie vorbringen wollen." Anscheinend dagegen Schwinge JW 37 S. 2383.

und wird er deshalb verurteilt, so hat er ja sein eigenes Vermögen geschädigt. Wohl aber ist für den Prozeßbetrug von Bedeutung, ob der Kläger rechtsvernichtende und rechtshindernde Tatsachen vorträgt. Unterläßt er es, so entsteht ein falsches Gesamtbild: das Gericht wird irrgeführt. Da dies § 138 I ZPO gerade verhindern will, ist der Kläger verpflichtet, rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen vorzubringen. Gleicher Ansicht sind Bernhardt[19]), Rietzsch[20]), Titze[21]), Welzel[22]) und Sello[23]); letzterer allerdings nur in bezug auf ein Beispiel.

Erstreckt sich die Vollständigkeitspflicht auch auf die Mitteilung von solchen Tatsachen, die eine Einrede im Sinne des bürgerlichen Rechts begründen? Das bloße Vorhandensein solcher Tatsachen hat auf den Bestand und die Geltendmachung eines Rechts gar keinen Einfluß. Erst dann, wenn der Einredeberechtigte sich auf sein Recht, die Leistung zu verweigern, beruft, kann das andere Recht, dem die Einrede entgegensteht, nicht mehr geltend gemacht werden. Dementsprechend ruft das Fehlen von bloßen Einredetatsachen (im Sinne des BGB) im Vorbringen des Klägers keine im Ergebnis falsche Vorstellung des Gerichts hervor: das Gericht wird nicht irregeführt. Daher besteht keine Pflicht zur Offenbarung von Tatsachen, die eine Einrede im Sinne des BGB begründen.[24])

Der dargestellten Meinung kommt die von Bell[25]) sehr nahe. Für ihn ist entscheidend, ob der Beklagte die ihm günstigen rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen kennt oder nicht. Kenne er sie nicht, so sei der Kläger gemäß § 138 I ZPO verpflichtet, sie vorzutragen. Kenne der Beklagte diese Tatsachen, so greife die Vollständigkeitspflicht nicht ein. Bell begründet diese Unterscheidung wie folgt. Der Zweckgedanke des neuen Gesetzes, jede Prozeßverschleppung zu unterbinden, bringe auch hier die gewünschte Lösung. Unterlasse es nämlich der Schuldner, sich auf die ihm günstigen Tatsachen zu berufen, die der Kläger nicht vorgetragen habe, so werde er ohne weitere Verzögerung des Verfahrens verurteilt werden. Das unvollständige Vorbringen des Klägers verursache keineswegs eine Verzögerung des Verfahrens. Daraus müsse der Schluß gezogen werden, daß für

---

19) Bernhardt, a. a. O. Sp. 1408.
20) Rietzsch, Prozeßbetrug und Wahrheitspflicht. DStR 34 S. 17.
21) Titze, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. Festschr. f. Schlegelberger. S. 177/178.
22) Welzel, a. a. O. S. 15/16.
23) Sello, a. a. O. S. 537.
24) Ebenso Rietzsch, a. a. O. S. 17; Welzel, a. a. O. S. 16 und wohl auch Titze, a. a. O. S. 178.
25) Bell, Der Prozeßbetrug. S. 17 f. S. 21.

diesen Fall der Kläger keine Offenbarungspflicht habe. Dieses Ergebnis kann aus praktischen Gründen nicht gebilligt werden. Hinge die Offenbarungspflicht von der Unkenntnis des Beklagten ab, so würde ein gewissenloser Kläger ihr nur in den seltensten Fällen genügen. Würde er zur Rechenschaft gezogen, so könnte er sich damit verteidigen, daß er die Kenntnis des Beklagten angenommen habe. Das Gegenteil wäre ihm schwerlich nachzuweisen. Auch die Begründung ist falsch. Zweck des § 138 Abs. I ZPO ist nicht die Unterbindung der Prozeßverschleppung, sondern die Vermeidung der Irreführung des Gerichts.

Rosenberg[26]) vertritt eine abweichende Ansicht: Das Gebot der Vollständigkeit erfordere, daß die Parteien bei der Schilderung des der Klage, einer Einrede (im prozeßrechtlichen Sinn!) oder Gegeneinrede zugrunde liegenden Ereignisses redlich vorgingen und nicht etwa bloß die ihnen günstigen Tatsachen heraussuchten und alles andere verschwiegen. Liege aber der Einrede ein anderer tatsächlicher Vorgang zugrunde als der Klage, so habe es der Kläger nicht nötig, auch diesen Vorgang mitzuteilen, sondern er könne warten, ob sich der Beklagte darauf berufe. Denn das Gebot der Vollständigkeit wolle an den Grundsätzen der Behauptungslast nichts ändern und verlange daher von jeder Partei nur die vollständige Angabe derjenigen tatsächlichen Umstände, die zu behaupten ihr obliege. Für Rosenberg ist also entscheidend, ob das tatsächliche Ereignis, auf dem die Einwendung beruht, das gleiche ist wie das der Klage zugrunde liegende oder nicht. Der Kläger, der einen Anspruch aus einem Vertrag geltend macht, müßte demnach auch vorbringen, daß der Beklagte bei Vertragsschluß geisteskrank war. Klagt der Kläger dagegen ein schon zurückgezahltes Darlehn ein, so brauchte er die Rückzahlung nicht anzuführen. Das Ergebnis des ersten Falles steht nicht in einem Gegensatz zum Zweck des § 138 I ZPO, wohl aber das des zweiten Falles, weil das Vorbringen des Klägers ein falsches Gesamtbild erweckt. Diese Meinung ist daher abzulehnen.

Zur Begründung seiner Ansicht beruft sich Rosenberg auf die Regel der Behauptungslast. Steht diese der hier vertretenen Auslegung der Vollständigkeitspflicht entgegen? Die Behauptungslastregel wird gewöhnlich wie folgt formuliert: „Jede Partei hat die ihr günstigen Tatsachen zu behaupten" (Satz 1). Daraus kann man scheinbar nachstehenden Satz schließen: „Die Parteien brauchen nicht die ihnen ungünstigen Tatsachen anzuführen" (Satz 2). Es handelt sich hierbei um einen Umkehrschluß (argumentum e contrario). Satz 2 und die hier befürwor-

---

26) Rosenberg, Das neue Zivilprozeßrecht, ZZP 58 S. 286, und Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Anhang (1934), S. 9.

tete Auslegung der Vollständigkeitspflicht widersprechen einander. Es ist zu untersuchen, ob diese von Rosenberg gegebene Begründung stichhaltig ist. Zunächst bedarf Satz 1 einiger Erläuterung. Nach dem Verhandlungsgrundsatz darf das Gericht nur solche Tatsachen berücksichtigen, die von den Parteien vorgetragen worden sind. Ist nun eine erhebliche Tatsache von keiner Partei behauptet worden, so muß trotzdem entschieden werden. Das Urteil ergeht dann auf der Grundlage der Nichtexistenz dieser (nicht behaupteten) Tatsache. Folglich ist die Nichtbehauptung der Tatsache einer Partei nachteilig, und zwar derjenigen, der die Tatsache günstig gewesen wäre, wenn eine der Parteien sie vorgetragen hätte. Hieraus ergibt sich erst die Regel der Behauptungslast: jede Partei habe die ihr günstigen Tatsachen anzuführen. Außerdem folgt daraus noch eins: die Regel ist nur richtig mit dem Zusatz „um den Prozeß nicht zu verlieren". Sie beantwortet also lediglich die Frage: Was muß ich tun, damit nicht der Prozeß infolge Nichtberücksichtigung einer mir günstigen Tatsache gegen mich entschieden wird? Sie berücksichtigt mithin nicht den ganzen Prozeß, sondern nur ein einzelnes Moment.

Was kann nun durch ein argumentum e contrario aus der so verstandenen Behauptungslastregel gefolgert werden? Nur dies: Soweit es sich darum handelt, einem Verlust des Prozesses (infolge Nichtberücksichtigung einer der Partei günstigen Tatsache) aus dem Wege zu gehen, ist es nicht erforderlich, daß die Partei die ihr ungünstigen Tatsachen vorbringt. Daß das Behaupten ungünstiger Tatsachen zu diesem (einen) Zweck nicht erforderlich ist, ist aber nicht identisch damit, daß es überhaupt — also in bezug auf den ganzen Prozeß — nicht erforderlich ist: Es ist folglich nicht ausgeschlossen, daß die Parteien aus einem anderen Grunde die ihnen nachteiligen Tatsachen vorzubringen haben. Satz 2 ergibt sich also nicht aus der Regel der Behauptungslast. Folglich besteht kein Widerspruch zwischen ihr und der hier befürworteten Auslegung der Vollständigkeitspflicht.

Die Behauptungslastregel wird durch die Vollständigkeitspflicht auch nicht praktisch ausgeschaltet. Trotz des § 138 I ZPO wird es tatsächlich doch Fälle geben, wo eine erhebliche Tatsache von den Parteien nicht vorgebracht ist. Dann wird diese Tatsache in der Entscheidung nicht berücksichtigt. Um diesen Nachteil nicht zu erleiden, wird auch fernerhin jede Partei die ihr günstigen Tatsachen vorzubringen haben. Der Einwand von Rosenberg ist also unzutreffend.

Staud hat zunächst[27]) erklärt, der Kläger brauche sich in der Klage noch nicht darüber zu erklären, ob dem Beklagten etwa Einwen-

27) Staud, DJ 33 S. 602.

dungen oder Einreden zustehen. Später[28]) (1935) hat er ausgeführt, unter Umständen könne auch das Verschweigen einer eigentlich vom Gegner vorzubringenden Tatsache eine Verletzung der Wahrheitspflicht darstellen, z. B. dann, wenn etwa ein Kläger bewußt und in unlauterer Absicht im Versäumnisverfahren verschweige, daß der Beklagte bereits bezahlt habe. Die erste Äußerung ist mit dem Zweck des § 138 I ZPO nicht in Einklang zu bringen, soweit es sich um rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen handelt; die zweite ist wegen ihrer Unbestimmtheit unbrauchbar. Zur Begründung seiner Ansicht scheint Staud sich ebenfalls auf die Regel der Behauptungslast zu berufen.

Mit der (ersten) Ansicht von Staud stimmt die von Koffka[29]) im Ergebnis überein: nach der Verhandlungsmaxime sei trotz der Vorschrift des § 138 Abs. 1 ZPO das Vorbringen von Einwendungen und Gegenrechten Sache des Beklagten.

Nach Lent[30]) ist die Pflicht zu vollständiger Erklärung „auf den Rahmen der näheren Erläuterungen zu den von den Parteien schon gebrachten Tatsachen einzuengen". „Wollte man darüber hinausgehen und der Partei die Pflicht auferlegen, alle Tatsachen, die für die Entscheidung erheblich sein können, anzuführen, so würde man damit die Verhandlungsmaxime aufheben . . ." Gegen beide Ansichten ist einzuwenden: Der Verhandlungsgrundsatz besagt — vor wie nach der Novelle vom 27. X. 1933 — nur, daß es Sache der Parteien ist, den Tatsachenstoff in den Prozeß einzuführen. Die Frage, was die Parteien vorzubringen haben, wird damit noch nicht angeschnitten. Von einer Aufhebung der Verhandlungsmaxime kann erst dann die Rede sein, wenn das Gericht den Tatsachenstoff von Amts wegen zu ermitteln hat.[31]) Die vorgetragenen Ansichten widersprechen im übrigen, soweit es sich um das Verschweigen von Einwendungen handelt, dem Zweck der Wahrheitspflicht, der Vermeidung einer Irreführung des Gerichts.

Ergebnis: § 138 Abs. 1 ZPO verpflichtet den Kläger, rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen anzuführen. Unterläßt er es, so liegt ein Unterdrücken wahrer Tatsachen vor, weil eine Rechtspflicht zum Handeln gegeben ist.

---

28) Staud, Die Umgestaltung des Erkenntnisverfahrens, DR 1935 S. 570.
29) Koffka, Der Prozeßbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozeßordnung, ZStW 54 S. 55.
30) Lent, a. a. O. S. 2675.
31) Ebenso Kisch, a. a. O. S. 917.

III. Von einer Entstellung wahrer Tatsachen redet man dann, wenn die richtigen Verhältnisse verschoben oder einzelne Momente hinzugefügt oder ausgelassen sind.[1]) Wird nun zu einem an sich wahren Sachverhalt etwas Unrichtiges hinzugefügt, so liegt darin gleichzeitig eine Vorspiegelung falscher Tatsachen. Werden bei einer angeblich erschöpfenden Darstellung erhebliche Einzelheiten ausgelassen, so stellt das darin enthaltene Verschweigen gleichzeitig eine Unterdrückung wahrer Tatsachen dar. (Die Rechtspflicht zur Mitteilung beruht auf vorangegangenem Tun, auf der vorausgehenden Darstellung.) Eine Verschiebung der richtigen Verhältnisse ist endlich nur dadurch möglich, daß ebenfalls etwas Unwahres hinzugefügt oder etwas Wahres fortgelassen wird. Ein Fall der Entstellung wahrer Tatsachen stellt also immer gleichzeitig eine Vorspiegelung oder eine Unterdrückung dar.[2]) Eine besondere Behandlung des Tatbestandsmerkmals Entstellung erübrigt sich daher.

§ 3. Die Erregung und Unterhaltung des Irrtums.

Nach § 263 StGB ist zur Begehung eines Betrugs notwendig, daß der Täter durch eine Täuschungshandlung einen Irrtum erregt oder unterhält. Beim Betrug im Erkenntnisverfahren sind daher zwei Fragen zu prüfen:

1. Hat der Richter sich geirrt?
2. Ist die Täuschungshandlung Ursache des Irrtums?

I. Es ist zu untersuchen, welche unrichtigen Vorstellungen des Richters durch die oben erörterten Täuschungshandlungen hervorgerufen werden können.

A. Eine Vorspiegelung falscher Tatsachen ist — so wurde oben festgestellt — jede bewußt unwahre Parteibehauptung, wobei es gleichgültig ist, ob sie durch Beweismittel unterstützt wird oder nicht. Ihre Folgen sind vom Verhalten der Gegenpartei abhängig. Soweit eine Partei die gegen sie vorgebrachten Tatsachen nicht bestreitet, werden diese Tatsachen nach dem Verhandlungsgrundsatz ohne richterliche Prüfung ihrer Wahrheit zur Urteilsgrundlage.[1]) Bestreitet dagegen eine Partei die gegnerischen Behauptungen, so prüft der Richter deren Wahrheit.[2])

---

1) Frank § 263 II 2; Olshausen-Kirchner § 263 Note 12.
2) Ebenso Ganske, Prozeßbetrug und Adäquanz S. 44.

1) Gaupp-Stein-Jonas Vorbem. II 2 vor § 128.
2) Gaupp-Stein-Jonas Vorbem. III 4 vor § 128.

1. Zunächst mögen die Fälle behandelt werden, in denen der Richter die Wahrheit der Behauptung prüft:

a) Der Kläger führt unwahre klagbegründende Tatsachen an oder solche, die eine Gegeneinrede begründen.

b) Der Beklagte bringt rechtshindernde, rechtsvernichtende und solche Tatsachen vor, auf die er eine Einrede im Sinne des BGB stützt.

Wie vorausgesetzt wurde, bestreitet in beiden Fällen die jeweilige Gegenpartei diese Behauptungen. Dann prüft der Richter sie auf ihre Wahrheit. Diese Prüfung kann nur drei Ergebnisse haben: α) Der Richter hält die Richtigkeit der unwahren Behauptungen für erwiesen und entscheidet auf deren Grundlage (im ersten Fall zugunsten des Klägers, im zweiten zugunsten des Beklagten). Dann befindet er sich in einem Irrtum. β) Der Richter ist von der Unwahrheit der Behauptungen überzeugt und entscheidet auf der Grundlage ihrer Nichtexistenz (im Fall a zugunsten des Beklagten, im Fall b zugunsten des Klägers). Seine Vorstellung ist hier richtig. Damit scheidet der Fall für die Frage des vollendeten Betruges aus. γ) Der Richter ist im Zweifel darüber, ob die behaupteten Tatsachen wahr oder unwahr sind. Nach der Beweislastregel ergeht das Urteil ebenfalls unter Nichtberücksichtigung dieser Tatsachen (im Fall a zugunsten des Beklagten, im Fall b zugunsten des Klägers). Hier hat der Richter überhaupt keine bestimmte Vorstellung von den streitigen Tatsachen, also auch keine falsche. Da ein Irrtum nicht vorliegt, ist vollendeter Betrug ausgeschlossen. Als Ergebnis ist festzustellen, daß auf eine bewußt unwahre Parteibehauptung, die vom Gegner bestritten worden ist, ein Irrtum des Richters folgen kann.

2. Nach dem Verhandlungsgrundsatz prüft der Richter nicht die Wahrheit solcher behaupteten Tatsachen, die der Gegner nicht bestritten hat. Diese werden ohne weiteres Grundlage des Urteils. Im einzelnen sind auf ihre Wahrheit nicht zu prüfen:

die Tatsachen, welche die Gegenpartei zugesteht, § 288 ZPO[3]);

die von der anderen Partei nicht bestrittenen Tatsachen, § 138 Abs. 3 ZPO[4]);

das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers, wenn er gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen oder nicht verhandelnden Beklagten das Versäumnisurteil beantragt, § 331 Abs. 1 ZPO.

---

3) Gaupp-Stein-Jonas § 288 III.
4) Gaupp-Stein-Jonas § 138 II 1.
5) Ebermayer, LK § 263 Note 5 d.

In diesen Fällen fehlt es also an einer P f l i c h t des Richters zur Wahrheitsprüfung. Er braucht über die Richtigkeit des Vorbringens nicht nachzudenken. Ob er sich eine eigene Meinung von diesen Tatsachen bildet, ist seinem Belieben überlassen. Daraus folgt aber nicht, daß eine bestimmte Vorstellung des Richters über diese Tatsachen — und damit auch eine falsche — ausgeschlossen ist. Ebermayer[5]) schreibt: „Wo ... keine richterliche Prüfung stattfindet, versagt das Merkmal der Täuschung ...“ Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Es ist möglich, daß vor dem Versäumnisurteil in einem früheren Termin eine Beweisaufnahme stattgefunden hat und der Richter daraufhin zu der Überzeugung gekommen ist, das Vorbringen des Klägers entspreche der Wirklichkeit. Es ist auch denkbar, daß der Richter auf Grund des Nichtbestreitens von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen überzeugt ist. Nun kann die Vorstellung des Richters auch falsch sein, etwa dann, wenn im ersten Fall der Kläger eine gefälschte Urkunde vorgelegt hat. Ob ein Irrtum gegeben ist oder nicht, ist also eine rein tatsächliche Frage, die man aus den Vorschriften der ZPO nicht beantworten kann. Ob ein solcher Irrtum Bedingung der richterlichen Entscheidung war, ist etwas ganz anderes und bei der Prüfung des Kausalzusammenhangs zu untersuchen.

Die mehrfach genannte pflichtmäßige Prüfung durch den Richter bezieht sich auf die „o b j e k t i v e“ Wahrheit der behaupteten Tatsachen: Der Richter soll also feststellen, ob das streitige Ereignis sich tatsächlich und wirklich so zugetragen hat, wie die Partei es vorbrachte. Mit der Frage, ob die Partei b e w u ß t die Unwahrheit gesagt, ob sie also g e l o g e n hat, hat diese richterliche Prüfungspflicht gar nichts zu tun. — Rietzsch[6]) und Welzel[7]) vertreten nun die Ansicht, im Versäumnisverfahren[8]) sei der Richter verpflichtet, das Vorbringen der Partei auf seine „subjektive“ Wahrheit hin zu prüfen: Der Richter soll sich die Frage vorlegen, ob die Partei b e w u ß t die Unwahrheit gesagt hat. Beide gehen zunächst davon aus, daß der Richter heute kein Versäumnisurteil erlassen darf, wenn er die Unwahrheit der Behauptungen des Klägers kennt. Anschließend wird dann die Meinung ausgesprochen: Der Richter „hat die Pflicht, das Vorbringen der Partei daraufhin zu prüfen, ob er ihm etwa den Glauben zu versagen habe, weil er es als bewußt unwahr erachtet“. Der Satz, der Richter sei an eine bewußt unwahre Behauptung nicht gebunden und dürfe auf ihrer Grundlage kein Versäumnisurteil erlassen, mag zu-

---

6) Rietzsch, DStR 1934 S. 19.
7) Welzel, a. a. O. S. 23/24.
8) Dasselbe soll für das (hier nicht zu behandelnde) Mahnverfahren gelten.

nächst als richtig unterstellt werden. Aus ihm folgt aber keinesfalls die Pflicht zur Prüfung der subjektiven Wahrheit. Es fehlt an jedem gesetzlichen Anhalt, auf den sich eine solche Annahme stützen könnte. Außerdem ist der Richter nur in den allerseltensten Fällen in der Lage, festzustellen, ob die Partei nach bestem Wissen ausgesagt hat. Eine Pflicht zur Prüfung der subjektiven Wahrheit gibt es nicht.

Die Tatbestände, welche die richterliche Prüfung der vorgebrachten Tatsachen ausschließen, liegen praktisch immer bei den Fällen vor, die man unter dem Namen „simulierter Rechtsstreit" zusammenfaßt. Deren Kennzeichen ist darin zu sehen, daß Kläger und Beklagter zum Schein einen Prozeß führen, um einen Dritten zu schädigen. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen:

B lebt mit seiner Ehefrau in Gütergemeinschaft. Einer von beiden hat Scheidungsklage erhoben. B vereinbart mit seinem Freund K, daß dieser eine in Wirklichkeit nicht bestehende Forderung gegen ihn einklagt. K erhebt die Klage. B gesteht die von K vorgebrachten Tatsachen zu oder bestreitet sie nicht oder erscheint nicht im Termin. Im letzten Fall beantragt K Versäumnisurteil. Der Richter prüft die Behauptungen des K nicht auf ihre Wahrheit. B wird zur Leistung verurteilt. Die Zwangsvollstreckung erfolgt in das gütergemeinschaftliche Vermögen. K erhält ein Viertel des Erlöses, B den Rest.[9])

In diesen Fällen ist es nun möglich, daß der Richter zufällig dem Vorbringen des Klägers geglaubt hat. Unten wird aber nachgewiesen, daß ein solcher Irrtum nicht Ursache des Urteils ist. Es ist daher zu untersuchen, ob nicht noch ein anderer Irrtum des Richters vorliegt. Dieser ist darin zu sehen, daß der Richter das Bestehen eines zwischen den Parteien streitigen Rechtsverhältnisses annimmt, das in Wahrheit gar nicht vorliegt.[10]) Hierauf hat das Reichsgericht[11]) mit Recht hingewiesen. Ganske[12]) und Schütz[13]) sehen den (zur Bestrafung wegen Betrugs erforderlichen) Irrtum in einer falschen Vorstellung des Richters über das Fehlen des Rechtsschutzinteresses. Diese Ansicht ist bedenklich. Wegen des Rechtsschutzinteresses kommt es nicht zur „Prüfung von Amts wegen", bei der die Wahrheit der maßgebenden Tatsachen ohne Rücksicht auf das Verhalten der Parteien festgestellt wird. Sondern der Richter prüft, ob die vorgetragenen Tatsachen das Rechtsschutzinteresse begründen. Die Wahrheit

9) Dem Sachverhalt der Entscheidung RGSt 2, 436 nachgebildet.
10) Nach Bell, a. a. O. S. 27 f., wird das Gericht über die Ernsthaftigkeit des Rechtsstreites getäuscht.
11) RGSt 2, 436 (438); 59, 104.
12) Ganske, a. a. O. S. 98 ff.
13) Schütz, Der Prozeßbetrug, S. 63 ff.

der vorgetragenen Tatsachen aber prüft er nur dann, wenn sie bestritten worden sind. Hat die Gegenpartei sie nicht bestritten, so werden sie ohne weitere Untersuchung zugrunde gelegt. Die §§ 288, 138 Abs. 3 und 331 Abs. 1 ZPO werden also angewendet.[14]) Nun handelt es sich beim „simulierten Rechtsstreit" gerade um solche Fälle, wo der Beklagte das Vorbringen des Klägers nicht bestreitet. Dann prüft der Richter die das Rechtsschutzinteresse begründende Tatsache auch nicht auf ihre Wahrheit. Das Fehlen einer Prüfungspflicht schließt nun, wie oben nachgewiesen wurde, nicht eine Vorstellung des Richters über die Wahrheit der unbestrittenen Tatsachen aus und damit auch nicht eine falsche. Ob er sich eine solche Meinung bildet, hängt von seinem Belieben ab, ist also ganz zufällig. Wie unten näher ausgeführt wird, ist eine solche Vorstellung nicht Bedingung der richterlichen Entscheidung. Auf Grund eines Irrtums über das Rechtsschutzinteresse kann daher vollendeter Betrug nicht angenommen werden.

B. Eine Unterdrückung wahrer Tatsachen durch positives Tun liegt dann vor, wenn eine Partei die von der anderen vorgebrachten Tatsachen wider besseres Wissen bestreitet. Es sind folgende Fälle denkbar:

1. Der Kläger behauptet wahre klagbegründende Tatsachen oder solche, die eine Gegeneinrede begründen.
2. Der Beklagte führt wahre rechtshindernde, rechtsvernichtende oder solche Tatsachen an, auf die er eine Einrede (im Sinn des BGB) stützt.

In beiden Fällen bestreitet nun die Gegenpartei wider besseres Wissen.[15]) Der Richter prüft das Vorbringen auf seine Wahrheit. Er kann nur zu drei Ergebnissen gelangen:

a) Der Richter hält die Behauptungen für erwiesen und entscheidet im ersten Fall zugunsten des Klägers, im zweiten zugunsten des Beklagten. Ein Irrtum liegt nicht vor.

b) Der Richter ist von der Unwahrheit der wahren Behauptungen überzeugt und entscheidet zugunsten der bestreitenden Partei (bei Nr. 1 zugunsten des Beklagten, bei Nr. 2 zugunsten des Klägers). Hier irrt der Richter über die Wahrheit der angeführten Tatsachen.

c) Er hält weder die vorgebrachten Tatsachen noch deren Gegenteil für gewiß und entscheidet daher auf der Grundlage ihrer Nicht-

14) So Gaupp-Stein-Jonas Vorbem. IV 3 vor § 253 und § 256 Anm. 6.

15) Daß in Fall 2. wegen des Verschweigens von rechtshindernden bzw. rechtsvernichtenden Tatsachen auch eine Unterdrückung durch Unterlassung vorliegt, wird unter C. berücksichtigt.

existenz zugunsten der bestreitenden Partei. Hier hat der Richter gar keine bestimmte Vorstellung von dem streitigen Sachverhalt, also auch keine falsche Vorstellung. Er irrt sich nicht.

Nach Bell[16]) bewirkt das Bestreiten wider besseres Wissen einen Irrtum des Richters über die Beweisbedürftigkeit der bestrittenen Tatsache. Vor der Zivilprozeßnovelle vom 27. Oktober 1933 habe man in dem Bestreiten lediglich eine Aufforderung des Bestreitenden an den Behauptenden zum Beweis erblickt. Damit habe man der Partei das Recht zugestanden, auch für eine als wahr erkannte Tatsache einen Beweis zu verlangen. Durch § 138 Abs. 1 ZPO sei der Partei dieses Recht auf Beweis von ihr als wahr erkannter Tatsachen genommen. Die Frage, ob eine Tatsache beweisbedürftig sei, sei jetzt der Willkür der Partei entzogen. Nur wenn eine Partei selbst keine Gewißheit über die vom Gegner behauptete Tatsache habe, habe sie das Recht, vom Gegner den Beweis zu verlangen. Wenn sie aber Gewißheit habe, so täusche sie durch ihr Bestreiten dem Richter eine Beweisbedürftigkeit vor, die in Wirklichkeit nicht vorhanden sei. Nach Bell sind also nur solche Tatsachen beweisbedürftig, über die der Gegner keine Gewißheit hat. Diese Meinung ist unrichtig. Das Gesetz nennt nur die Tatsachen, welche eines Beweises n i c h t bedürfen. Diese sind zunächst die offenkundigen (§ 291 ZPO) und die zugestandenen Tatsachen (§ 288 ZPO). Hinzu kommen noch die Tatsachen, die als zugestanden gelten, nämlich die nicht bestrittenen (§ 138 Abs. 3 ZPO) und das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers, wenn dieser gegen den nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil beantragt hat (§ 331 Abs. 1 ZPO). Beweisbedürftig müssen dann alle übrigen Tatsachen sein: Diese sind die bestrittenen und zugleich nicht offenkundigen. Das Gesetz hat also die Beweisbedürftigkeit an einen äußeren, dem Richter erkennbaren Vorgang geknüpft, nicht aber an einen inneren, über den der Richter nie sicher unterrichtet sein könnte. Und das mit Recht! Denn die andere Regelung wäre unpraktisch. Hiernach sind also alle bestrittenen Tatsachen (die nicht offenkundig sind) beweisbedürftig, gleichgültig, ob das Bestreiten wider besseres Wissen erfolgte oder nicht. Für einen Irrtum des Richters hierüber ist also kein Raum.

C. Eine Unterdrückung wahrer Tatsachen durch Unterlassung trotz Rechtspflicht zum Handeln ist dann gegeben, wenn der Kläger rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen verschweigt. Ein solches Verhalten kann einen Irrtum des Richters bewirken. Der Inhalt dieser falschen Vorstellung ist danach verschieden, ob der Kläger

16) Bell, a. a. O. S. 33/34.

nur schweigt oder ob er auch bestreitet (wenn der Beklagte die Tatsachen vorgebracht hat).

1. Zunächst mag der letztgenannte Fall behandelt werden: Der Beklagte hat rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen eingewendet. Der Kläger bestreitet dieses Vorbringen wider besseres Wissen. (Dieser Sachverhalt ist auch in Fall 2 unter B enthalten.) Die Handlung des Klägers stellt sowohl eine Unterdrückung durch positives Tun als auch eine durch Unterlassen dar. Sie führt zu den unter B aufgeführten drei Ergebnissen. Hier ist eins von besonderem Interesse: Der Richter kann zu der falschen Vorstellung gelangen, die eingewendeten Tatsachen seien unwahr. Dieser Irrtum ist auch durch das Verschweigen verursacht, denn er wäre dann nicht aufgekommen, wenn der Kläger sich pflichtgemäß vollständig erklärt hätte. Inhalt dieses Irrtums ist nun, daß eine genau bestimmte, einzelne Tatsache — nämlich die vom Beklagten behauptete — unwahr ist.

2. Zu einem andersartigen Irrtum kann folgender Fall führen: Der Beklagte wendet die rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Tatsachen nicht ein, weil er sie (z. B. als Erbe) nicht kennt. Der Kläger verschweigt sie bewußt. Irrtum ist eine falsche Vorstellung. Von ihm kann daher nur dann die Rede sein, wenn der Richter überhaupt eine Vorstellung hat: Der Irrtum setzt rein begrifflich eine Vorstellung voraus. Das völlige Nichtwissen einer Tatsache ist folglich kein Irrtum.[17]) Zu dieser Ansicht bemerkt Ebermayer[18]), wenn jemand in Unkenntnis über eine Tatsache versetzt worden sei, so werde sie in der Regel der irrtümlichen Annahme des Gegenteils gleichkommen; wer sich vor einem anderen verstecke, könne durch Unterdrückung in diesem die irrtümliche Meinung erwecken, allein zu sein. Damit greift Ebermayer nicht die oben angestellte logische Folgerung an, sondern er meint, daß tatsächlich im täglichen Leben auf jenes Nichtwissen gewöhnlich die Annahme des Gegenteils folgt. Kann man dies auch bei dem hier vorausgesetzten Sachverhalt annehmen? Es können meistens sehr viele und verschiedene rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen vorliegen: z. B. der böse Glaube nach §§ 892, 932 ff. BGB, die Minderjährigkeit eines Vertragsgegners, der Widerruf eines Vertragsantrags nach § 145 BGB, die Erfüllung, der Erlaß einer Forderung, der Eintritt einer auflösenden Bedingung usw. Daß der Richter an alle einzelnen Möglichkeiten dieser Art denkt und auf Grund seines Nichtwissens dann annimmt, diese bestimm-

17) Frank § 263 Anm. III.
Olshausen-Kirchner § 263 N. 2a.
18) Ebermayer LK § 263 Anm. 3.

ten Tatsachen lägen nicht vor, mag vielleicht theoretisch denkbar sein, praktisch ist es ausgeschlossen. Einen Irrtum mit dem Inhalt, daß eine genau bestimmte, einzelne Tatsache unwahr ist (wie unter C 1), wird man also im konkreten Fall nicht feststellen können. Wohl aber kann der Richter zu der Ansicht kommen, die Parteien hätten alle für das Endergebnis erheblichen Tatsachen vorgetragen. Dies wird vor allem dann möglich sein, wenn der Richter der Fragepflicht des § 139 Abs. 1 ZPO nachgekommen ist. Das Unterdrücken wahrer Tatsachen durch Verschweigen kann also eine falsche Vorstellung des Richters mit dem Inhalt hervorrufen, daß der Sachverhalt vollständig vorgetragen worden sei, während in Wirklichkeit für das Gesamtergebnis erhebliche Tatsachen unberücksichtigt bleiben.[19]) Bell[20]) sieht hier den Inhalt des Irrtums in der falschen Vorstellung, der geltend gemachte Anspruch bestehe noch in der vom Kläger dargestellten Form, während ihn in Wahrheit die verschwiegenen Tatsachen bereits zum Erlöschen gebracht oder sonst irgendwie beeinträchtigt hätten. Daß der Richter bei dem vorausgesetzten Sachverhalt zu dieser falschen Vorstellung kommen kann, ist richtig. Dieser Irrtum des Richters ist aber schon eine sekundäre Erscheinung. Wenn der Richter im Prozeß der Überzeugung ist, der Anspruch bestehe noch in der geltend gemachten Form, so hat sich zuvor ein Vorgang abgespielt: Der Richter hat Rechtssätze auf einen Sachverhalt angewandt. Ein Irrtum über das Bestehen eines Rechts setzt daher voraus, daß dem Richter entweder bei der Anwendung der Rechtssätze ein Fehler unterlaufen ist oder er einen falschen (unwahren oder unvollständigen) Sachverhalt beurteilt hat. Der erste Fall scheidet aus, weil der Fehler nicht durch eine Täuschungshandlung verursacht worden ist. Die falsche Vorstellung bezieht sich also immer zuerst auf den beurteilten Sachverhalt. Der primäre Irrtum hat ein falsches Bild der Tatsachen zum Inhalt. Der Irrtum über das Bestehen eines Rechts ist nur die Folge des Tatsachenirrtums.

II. Auf die Tatbestände, die eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB darstellen, kann — so wurde oben (unter I) ausgeführt — ein Irrtum des Richters über den zu beurteilenden Sachverhalt „folgen". Damit ist nur eins festgestellt: Der Irrtum kann nach der Täuschungshandlung, also später als sie, eintreten. Das bedeutet aber nur ein rein zeitliches Verhältnis zwischen Täuschungshandlung und Irrtum. § 263 StGB setzt dagegen voraus, daß zwischen diesen beiden Tatbestandsmerkmalen Kausalzusammenhang

19) Ebenso Welzel, a. a. O. S. 23.
20) Bell, a. a. O. S. 32.

besteht. Damit taucht folgende allgemeine Frage auf: Wann ist ein Umstand Ursache eines Erfolges? Dieses Problem hat schon verschiedene Lösungen gefunden. Heute sind jedoch nur noch zwei Theorien von Bedeutung: die Bedingungs- oder Äquivalenztheorie und die Adäquanztheorie. Nach der Bedingungstheorie ist Ursache jede Bedingung (conditio sine qua non) des Erfolgs, d. h. jeder Umstand, der nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele. Diese Ansicht wird von den Strafsenaten des Reichsgerichts und einer Anzahl Rechtslehrer vertreten. Nach der Adäquanztheorie ist Ursache jede Bedingung, die generell geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Ein Teil der Theorie[1]) und die Zivilsenate des Reichsgerichts wenden diese Lehre an. Die Erklärungen, was eine Ursache sei, weichen hier im einzelnen etwas voneinander ab. Der Verfasser schließt sich der Ansicht an, nach der im Strafrecht die Bedingungstheorie anzuwenden ist. Eine gründliche Behandlung beider Lehren ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht möglich. Es erscheint daher unangebracht, auf den Streit weiter einzugehen.

A. Die bewußt unwahre Parteibehauptung stellt eine Vorspiegelung falscher Tatsachen dar. Für das Vorhandensein dieses Tatbestandsmerkmals ist es gleichgültig, ob das unrichtige Vorbringen durch Beweismittel unterstützt war oder nicht. Der Richter kann die falschen Tatsachen für wahr halten. Dann irrt er sich. Denkt man die Lüge der Partei fort, so entfällt auch der Irrtum des Richters. Wie hätte er ohne die Vorspiegelung überhaupt zu der falschen Vorstellung gelangen können? DieTäuschungshandlung ist also Ursache des Irrtums.

Dieses Ergebnis ist zum Teil bestritten worden, nämlich insoweit, als es sich um solche Parteibehauptungen handelt, die nicht durch Beweismittel unterstützt sind. Nach einer verbreiteten Ansicht[2]) handelt der Richter pflichtwidrig, wenn er solchen Behauptungen Glauben schenkt. Einige Vertreter der Adäquanztheorie — nämlich Allfeld[3]), Bell[4]) und Ganske[5]) — teilen diese Ansicht und sehen in der (angeblichen) Pflichtwidrigkeit des Richters einen Anhaltspunkt für die Annahme eines inadäquaten Kausaulverlaufs: bei objektivem Wahrscheinlichkeitsurteil sei es nach der Lebenserfahrung nicht anzunehmen, daß der Täter auf ein pflichtwidriges Verhalten des Richters treffe. Eine

1) Z. B. Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts; Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, S. 159.

2) RGSt 2, 91; 20, 391 (392); 36, 114 (118). Wach, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses, S. 27, 32.

3) Allfeld, a. a. O. S. 474 Note 25.

4) Bell, a. a. O. S. 16.

5) Ganske, a. a. O. S. 49 ff.

durch Beweismittel nicht unterstützte Parteibehauptung könne daher nicht (adäquate) Ursache eines Irrtums des Richters sein. Vom Standpunkt der hier vertretenen Bedingungstheorie ist dieses Ergebnis abzulehnen, denn für sie ist es gleichgültig, ob eine Pflichtwidrigkeit vorliegt oder nicht. Wollte man sich damit zufrieden geben, so hinge die Lösung einer Hauptfrage des Prozeßbetrugs davon ab, welche Kausaltheorie angewandt wird. In Wirklichkeit ist das nicht entscheidend. Das Ergebnis, eine bloße Parteibehauptung könne nicht adäquate Ursache des Irrtums sein, steht und fällt mit dem Satz, der Richter dürfe einer durch Beweismittel nicht unterstützten Behauptung nicht glauben. Ist sie unrichtig, so kann von einer Pflichtwidrigkeit des Richters keine Rede sein. Eine bloße Parteibehauptung wäre dann keine inadäquate Ursache des Irrtums mehr und der Kausalzusammenhang auch von den Anhängern der Adäquanztheorie zu bejahen. Diese ausschlaggebende Meinung ist daher auf ihre Richtigkeit zu untersuchen.

Der nachzuprüfende Satz lautet: „Der Richter darf einseitigen, durch Beweismittel nicht unterstützten Parteibehauptungen nicht glauben." Ein solches Vorbringen ist nicht identisch mit einer unbewiesenen Erklärung über tatsächliche Umstände. „Beweisen" heißt: dem Gericht die Überzeugung von der Wahrheit zu verschaffen. Eine unbewiesene Behauptung ist demnach eine solche, von deren Wahrheit das Gericht nicht überzeugt ist. Spricht man von einem „durch Beweismittel nicht unterstützten" Vorbringen, so bedeutet das zweierlei: 1. es liegt eine Erklärung vor; 2. es wird nicht versucht, deren Wahrheit auf Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden oder Parteivernehmung zu stützen. Würden beide Begriffe („unbewiesene Behauptung" und „durch Beweismittel nicht unterstütztes" Vorbringen) denselben Inhalt haben, so müßten auch ihre Gegenteile dasselbe bedeuten. Das ist aber nicht der Fall. Eine durch ein Beweismittel (z. B. einen Zeugen) unterstützte Behauptung ist noch lange nicht eine bewiesene, also nicht eine, von deren Wahrheit das Gericht überzeugt ist; denn das Gericht kann z. B. den Zeugen für unglaubwürdig halten. Ein Hinweis auf den großen Unterschied zwischen den zwei Begriffen ist deshalb erforderlich, weil beide bei der Behandlung der hier erörterten Frage häufig durcheinander geworfen werden. Einer unbewiesenen Behauptung darf der Richter nicht glauben; sie darf er seiner Entscheidung nicht zugrunde legen, es sei denn, daß sie zugestanden ist oder als zugestanden gilt oder daß ihre Wahrheit gesetzlich vermutet wird.

Zwei Einrichtungen der Zivilprozeßordnung lassen den hier zu prüfenden Satz bedenklich erscheinen: der Grundsatz der freien Be-

weiswürdigung und die Parteivernehmung. Nach § 286 ZPO hat das Gericht nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Der freien Würdigung unterliegt nicht nur das Ergebnis einer Beweisaufnahme, sondern der Richter hat den gesamten Inhalt der Verhandlungen zu berücksichtigen. Dies ergibt sich ganz klar aus dem Wortlaut des Gesetzes. Das Gericht darf aus unbestrittenen oder bewiesenen Tatsachen und dem gesamten Sachverhalt — also ohne Beweisaufnahme — schließen, daß eine bestrittene Tatsache wahr ist.[6]) Es ist befugt, einen Verstoß gegen die Wahrheitspflicht, die Verweigerung einer Auskunft, das Unterlassen einer Mitwirkung bei einer Beweisaufnahme zu verwerten.[7]) Nach der Ansicht des Reichsgerichts ist es dem Richter erlaubt, zur Bildung seiner Überzeugung von der Wahrheit einer streitigen Tatsache den persönlichen Eindruck einer Partei zu verwenden.[8]) An anderer Stelle[9]) schreibt es, die Ausführung der Revision, wonach der Grundsatz der freien Beweiswürdigung sich nur auf die vorgetragenen Beweise erstrecke und das Gericht keiner Partei glauben dürfe, sei nicht zu billigen. In einer neueren Entscheidung[10]) sagt es, es sei dem Gericht unverwehrt, eine bestrittene Behauptung auch ohne Beweisaufnahme für wahr zu erachten, wenn der gesamte Inhalt der Verhandlungen ihm diese Überzeugung verschaffe. Die Ansicht, der Richter dürfe einem durch Beweismittel nicht unterstützten Vorbringen nicht glauben, kann also schon wegen des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung nicht aufrecht erhalten werden.[11])

Der zweite Einwand ergibt sich aus dem Bestehen der Parteivernehmung. Daß der Richter einer Parteibehauptung, die durch Beweismittel unterstützt wird, glauben darf, ist klar und unstreitig. Ein Beweismittel ist auch die Parteivernehmung. Dies ist schon aus der Überschrift des zehnten Titels „Beweis durch Parteivernehmung" zu schließen.[12]) Entspricht also das Ergebnis der Parteivernehmung der bestrittenen Behauptung, so darf der Richter ihr glauben. Das bedeutet, daß die bloße Parteivernehmung im konkreten Einzelfall eine ge-

---

6) Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung, S. 275; Gaupp-Stein-Jonas § 286 II.
7) Gaupp-Stein-Jonas § 286 II; Baumbach § 286 Anm. 2 I A.
8) RG JW 1912 S. 541 Nr. 20.
9) RG LZ 1925 S. 772 VII.
10) RG HRR 1928 Nr. 1651. Ebenso Baumbach a. a. O. Ähnlich RGSt 50, 95 (96).
11) Ebenso Koffka a. a. O. S. 54; ebenso Schütz a. a. O. S. 43, 48; Schmadalla a. a. O. S. 20.
12) RG JW 1934 S. 700.

eignete Überzeugungskraft haben kann, also die Fähigkeit, die Überzeugung des Richters zu beeinflussen. Dieses Vermögen, das man auch „Beweiswert" nennt, ist nun praktisch entscheidend, denn es kommt nicht darauf an, ob überhaupt ein Beweismittel vorgebracht wird, sondern ausschlaggebend ist, ob das Beweismittel den Richter zu überzeugen vermag. — Im folgenden werden nun Behauptung und Parteivernehmung miteinander verglichen, und es wird nachgeprüft, ob gerade die Umstände, durch welche die Parteivernehmung sich von der Behauptung abhebt, die im Einzelfall vorhandene Überzeugungskraft dieses Beweismittels verursacht haben. 1. Dem Inhalte nach sind Behauptung und Parteivernehmung Aussagen der Partei über tatsächliche Umstände, die den Bestand eines Rechts berühren. Insoweit besteht also kein Unterschied. 2. Dem Zweck nach ist die Behauptung das Vorbringen von Tatsachen, die eine geltend gemachte Rechtsfolge begründen sollen. Die Parteivernehmung ist ein Beweismittel, also eine Einrichtung, die dazu bestimmt ist, das Gericht von der Wahrheit einer Behauptung zu überzeugen. Nun folgt aber aus der bloßen Bestimmung des Zwecks ganz und gar nicht, daß er tatsächlich erreicht wird. Einzig und allein daraus, daß der Gesetzgeber bestimmt, daß die Parteivernehmung auf die Überzeugung des Gerichts einwirken soll, ergibt sich nicht, daß der Richter ihr im Einzelfall Glauben schenkt. Wäre nur diese Zweckbestimmung durch den Gesetzgeber die Ursache davon, daß das Gericht der Parteivernehmung glaubt, so müßte es in jedem Einzelfall von der Wahrheit der bei der Vernehmung vorgebrachten Tatsachen überzeugt sein. Die Zweckbestimmung ist daher nicht die Ursache des im konkreten Einzelfall vorhandenen Beweiswertes einer Parteivernehmung. Ähnliches gilt für die Behauptung. Ihr Zweck, den geltend gemachten Anspruch zu begründen, schließt die tatsächliche Möglichkeit, auf die Überzeugung des Gerichts einzuwirken, nicht aus. 3. Weitere Unterschiede weist das Verfahren auf. Die Parteivernehmung erfolgt zunächst nur auf Antrag einer Partei (§§ 445, 447) oder auf Anordnung des Gerichts ohne Antrag (§ 448). Außerdem ist ein Beweisbeschluß erforderlich (§ 450). Die Behauptung dagegen setzt nur einen Willensentschluß der Partei voraus. Es ist ohne weiteres klar, daß die etwa vorhandene Überzeugungskraft der Parteivernehmung nicht auf dem Antrag oder dem Beweisbeschluß beruht. 4. Bei der Vernehmung hat die Partei ihre Aussage regelmäßig nicht zu beeidigen. Die Behauptung wird überhaupt nicht beschworen. Hier besteht ein Unterschied nur insoweit, als ausnahmsweise eine Partei ihre Aussage innerhalb der Parteivernehmung zu beeidigen hat. Ein Eid hat eine weitaus größere Überzeugungskraft als eine bloße Erklärung: Regelmäßig sagt derjenige, welcher vereidigt wird, nach bestem Wissen aus. Das

ist durch religiöse Vorstellungen und die strafrechtlichen Folgen des Meineids begründet. Nun findet bei der Parteivernehmung eine Vereidigung aber nur ausnahmsweise statt. Die zu vernehmende Partei braucht nur mit ihrer Möglichkeit zu rechnen. Und wenn das Gericht die Beeidigung anordnen sollte, so kann die Partei sie verweigern. In diesem nur ausnahmsweise angeordneten Eid, welchen zu leisten die Partei nicht gezwungen werden kann, wird man schwerlich den Grund für den Beweiswert der Parteivernehmung finden können. Auch dieser Unterschied ist hier nicht entscheidend. 5. Nach § 451 finden einige Vorschriften über den Zeugenbeweis auf die Parteivernehmung entsprechende Anwendung. Es handelt sich dabei um Ausnahmen vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 375), das Zeugnis von öffentlichen Beamten (§ 376), die Ermahnung des Zeugen zur Wahrheit und den Hinweis auf die eventuelle Beeidigung (§ 395 I), die Befragung nach Namen, Alter, Stand und Wohnort (§ 395 II 1) und schließlich die Art und Weise der Vernehmung. Auf gerade diesen Unterschieden kann schwerlich die Überzeugungskraft der Parteivernehmung beruhen. — Als Ergebnis ist daher festzustellen: Behauptung und Parteivernehmung unterscheiden sich hinsichtlich des Zweckes und des Verfahrens voneinander. Die Unterschiede sind aber nicht so, daß gerade sie der Parteivernehmung von vornherein eine erheblich größere Überzeugungskraft verleihen. Diese wird vielmehr durch den persönlichen Eindruck und die Glaubwürdigkeit der aussagenden Partei begründet. Insoweit besteht aber zwischen Behauptung und Vernehmung kein Unterschied. Man kann den Beweiswert einer Parteiaussage völlig verneinen. Wenn aber der Gesetzgeber sie als Parteivernehmung zum Beweismittel macht, dann darf man ihr als Behauptung nicht jede Fähigkeit, auf die Überzeugung des Gerichts einzuwirken, absprechen. Der Satz, der Richter dürfe einer durch Beweismittel nicht unterstützten Behauptung nicht glauben, muß daher auch auf Grund der Parteivernehmung verworfen werden. Goedel[13]) stimmt im Ergebnis überein: der bloßen Parteibehauptung sei durch die Parteivernehmung eine weit größere Bedeutung als früher beigelegt worden, und der Richter sei heute befugt, auch der unbeeidigten Parteiaussage vollen Glauben zu schenken, auch wenn sie durch keine sonstigen Beweisanzeichen unterstützt werde.

In einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Darmstadt[14]) wird ausgeführt, in der Praxis würden die Grenzen zwischen Vernehmung und Vortrag der Partei verschwimmen, insbesondere dann, wenn die

13) Reichsgerichtsrat Goedel, Prozeßbetrug. JW 1937 S. 1761.
14) HRR 1936 Nr. 225 (OLG Darmstadt).

Partei sich im Güte- und im Strafverfahren vor demselben Richter selbst vertreten habe. Deshalb werde in der Praxis der Richter auch den formlosen Parteivortrag nicht selten zur Grundlage seiner Urteilsfindung machen. Ähnlich äußert sich Rietzsch[15]). Daß der Richter sich häufig tatsächlich so verhält, mag zutreffen. Eine Begründung dafür, daß der Richter so handeln darf, ist damit nicht gegeben.

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung und die Parteivernehmung lassen den Schluß zu, daß der Richter auch einer durch Beweismittel nicht unterstützten Behauptung glauben darf. Der Richter handelt also nicht pflichtwidrig, wenn er sich so verhält. Hält er irrtümlich eine unwahre Behauptung für wahr, dann ist die Vorspiegelung auch nicht inadäquate Ursache des Irrtums. Auch nach der Adäquanztheorie ist daher der Kausalzusammenhang zwischen der bloßen Parteibehauptung und dem Irrtum des Richters zu bejahen.

B. Wenn eine Partei wider besseres Wissen das Vorbringen der anderen bestreitet, so begeht sie eine Unterdrückung wahrer Tatsachen. Es ist möglich, daß der Richter die von der bestreitenden Partei vorgebrachte Darstellung des Sachverhalts für wahr hält. Dann irrt der Richter. Hätte die Partei nicht bestritten, so wäre der Richter nicht zu der falschen Vorstellung gekommen. Denkt man das Bestreiten fort, so entfällt der Irrtum. Das eine Unterdrückung darstellende Bestreiten ist also die Ursache der falschen Vorstellung.

C. Verschweigt der Kläger entgegen der Vollständigkeitspflicht des § 138 I ZPO rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen, so bildet diese Unterlassung eine Unterdrückung wahrer Tatsachen.

1. Hat der Beklagte die in Frage kommende Tatsache behauptet und der Kläger sie bestritten, so kann der Richter irrtümlich annehmen, diese bestimmte Tatsache sei unwahr. Hätte der Kläger – der Offenbarungspflicht des § 138 I genügend – die Tatsache vorgebracht, so hätte der Richter sich nicht geirrt. Das Unterlassen trotz Rechtspflicht zum Handeln ist also Ursache des Irrtums über die bestimmte Tatsache.

2. Hat der Beklagte die fragliche Tatsache nicht vorgebracht, so kann der Richter zu der unrichtigen Meinung gelangen, der vorgetragene Tatbestand sei vollständig. Wäre der Kläger der Offenbarungspflicht nachgekommen, so hätte der Richter sich nicht über die Vollständigkeit des Sachverhalts irren können. Das Verschweigen ist also Ursache der falschen Vorstellung.

15) Rietzsch, a. a. O. S. 19.

§ 4. Die Vermögensverfügung und ihre Verursachung.

Zur Begehung des Betrugs ist erforderlich, daß der Irrtum eine Vermögensverfügung des Getäuschten verursacht. In § 263 StGB ist von einer Vermögensverfügung oder Vermögensdisposition keine Rede. Lehre und Rechtsprechung bezeichnen sie aber als das „ungeschriebene Tatbestandsmerkmal" des Betrugs. Soweit es sich um das Problem des Betrugs im Erkenntnisverfahren handelt, sind also zwei Fragen zu prüfen:

Kann der getäuschte Richter eine Handlung vornehmen, die eine Vermögensverfügung darstellt?

Ist der Irrtum des Richters Ursache der Vermögensverfügung?

I. Die Untersuchung der Frage, welche richterliche Handlung eine Vermögensverfügung darstellt, setzt eine genaue Definition dieses Begriffes voraus. Das „Vermögen" im Sinne von § 263 StGB ist mit der herrschenden Lehre[1]) als die Gesamtheit der geldwerten Güter einer Person anzusehen.

Daß eine Vermögensverfügung erforderlich und was unter diesem Begriff zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Grundgedanken des Betrugs. Der Betrüger will einen Vermögenswert erlangen. Um dieses Ziel zu erreichen, bedient er sich des „Getäuschten". Dieser ist sein „Werkzeug"[2]). Der Betrüger nimmt z. B. die den Wert verkörpernde Sache nicht gewaltsam oder heimlich an sich, sondern er läßt sie sich vom Getäuschten geben. Es ist also eine Handlung des Getäuschten erforderlich. — Nun soll dieser — nach dem Willen des Betrügers — dem letzteren einen Vermögensvorteil verschaffen. Dies ist aber meistens nur dadurch möglich, daß er aus seinem Vermögen oder dem eines Dritten einen Wert ausscheidet oder die Verpflichtung zur Leistung eines solchen begründet. Die Handlung des Getäuschten muß also bewirken, daß ein Vermögen einen einzelnen Wert verliert oder mit einer Schuld belastet wird. — Das Charakteristische des Betrugs besteht darin, daß der Getäuschte, von der falschen Vorstellung bestimmt, nicht nur dem Täuschenden ermöglicht, den Vermögenswert sich selbst zu verschaffen, sondern daß er in eigener Person den Wert ausscheidet oder die Verpflichtung zur Leistung eines solchen begründet. M. a. W.: Es darf sich nicht eine selbständige Handlung des Täuschenden zwischen das Verhalten des Getäuschten und die Änderung des Vermögensstandes einschieben. Dies wird an folgendem Bei-

1) Z. B. Frank § 263 Anm. V; Ebermayer, LK § 263 Anm. 6.
A. M.: Binding, a. a. O. S. 341; Lobe, LK § 253 Anm. 2.
2) L. K. § 263 Anm. 5 a.

spiel Franks[3]) deutlich. Jemand wird durch die Vorspiegelung eines Fremden, den Gasmesser nachsehen zu wollen, dazu bestimmt, ihn in die Wohnung einzulassen; der Fremde plündert die Wohnung aus. Hier kann man nicht sagen, der Wohnungsinhaber habe dem Fremden die Vermögenswerte „verschafft", sondern der Fremde hat sie sich selbst genommen. In diesem Fall ist das Verhalten des Getäuschten nur mittelbare Ursache des Verlustes von Vermögenswerten. Es ist also zu fordern, daß die Handlung des Getäuschten unmittelbar einen Vermögenswert ausscheidet oder eine Schuld begründet.[4])

Dagegen ist keine rechtsgeschäftliche Verfügung erforderlich.[5]) Ebensowenig ist es nötig, daß der Getäuschte glaubt, eine rechtsgeschäftliche Verfügung vorzunehmen, oder daß er sich der vermögensverschiebenden Wirkung seiner Handlung bewußt ist.[6]) Eine Vermögensverfügung liegt z. B. auch dann vor, wenn jemand veranlaßt wird, einen Schuldschein zu unterschreiben, der ihm gegenüber als ein Gesuch dargestellt wurde.[7])

Als Ergebnis läßt sich folgendes zusammenfassen: Vermögensverfügung ist jede Handlung des Getäuschten, durch die er unmittelbar aus seinem Vermögen oder dem eines Dritten einen einzelnen Wert ausscheidet oder die Verpflichtung zur Leistung eines solchen begründet.[8])

Als Vermögensverfügung kommt das Urteil in Frage. Es ist zu prüfen, ob diese Entscheidung eine Vermögensverfügung darstellen kann. Zur Vermögensdisposition ist ein Verhalten des Getäuschten erforderlich. Welche Form aber diese Handlung annimmt, ist gleichgültig: sie kann ebenso gut ein Tun wie ein Unterlassen sein.[9]) Die Form des Urteils schließt es daher nicht aus, in dieser Entscheidung eine Vermögensverfügung zu erblicken.

Die Beantwortung der Frage, ob eine Vermögensdisposition vorliegt, hängt von der Wirkung der Handlung des Getäuschten ab.

---

3) Frank § 263 Anm. IV.

4) Frank § 263 Anm. IV; RG JW 1936 S. 2807 Nr. 26; RGSt 64, 226, insbesondere 228 unten.

5) Olshausen-Kirchner § 263 Note 27 b; Ebermayer, L. K. § 263 Anm. 5a

6) Frank § 263 Anm. IV.

7) Beispiel von Frank § 263 Anm. IV.

8) Bericht zum Beschluß des RG vom 20. April 1887 in G. S. 43, 321 (325): „... nämlich daß der Getäuschte auf Grund des Irrtums eine Verfügung traf, welche den Zustand seines Vermögens veränderte, durch welche also etwas, ein Recht, eine Sache, ein Wert, aus diesem Vermögen ausschied, denn ohne eine solche Vermögensveränderung läßt sich eine vermögensrechtliche Verfügung überhaupt nicht denken ..." Ähnlich Hegler a. a. O. S. 424.

9) Frank § 263 Anm. IV. Olshausen-Kirchner § 263 N. 27 C. Ebermayer L. K. § 263 Anm. 5 a.

Diese gibt den Ausschlag. Sie besteht in dem Verlust eines einzelnen Vermögenswerts oder der Entstehung der Verpflichtung, einen solchen Wert zu leisten. Kann ein Urteil diese Wirkung haben? Weil die unrichtige Behauptung nicht bestritten oder der Richter getäuscht worden ist, legt er seiner Entscheidung einen falschen Sachverhalt zugrunde. Ergeht nun ein Leistungsurteil, so wird dadurch ein Anspruch festgestellt, der entweder gar nicht oder doch nicht so (in der Form) besteht. Demgemäß ist auch der Befehl zur Leistung, den das Leistungsurteil außerdem noch enthält, falsch: er entspricht nicht der materiellen Rechtslage. Der Beklagte muß nun etwas leisten, was er vor dem Urteil nicht brauchte. Ist der Gegenstand des (zu Unrecht festgestellten) Anspruchs nun ein Vermögenswert, so muß der Beklagte diesen leisten. Die erforderliche Wirkung, nämlich die Entstehung der Verpflichtung, einen Vermögenswert zu leisten, liegt vor. — Ergeht ein Feststellungsurteil auf falscher tatsächlicher Grundlage, so wird damit ein Rechtsverhältnis festgestellt, das in Wirklichkeit nicht besteht; oder es wird festgestellt, daß ein Rechtsverhältnis nicht besteht, während das Gegenteil richtig ist. Entsprechendes gilt für die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde. Die Feststellung kann auch einen Vermögenswert betreffen: z. B. die Feststellung, daß jemand Eigentümer eines Hauses sei, oder daß ein schriftliches Schuldversprechen echt sei. Wird nun das Gegenteil von dem festgestellt, was der materiellen Rechtslage entspricht, so scheidet damit ein Wert aus dem Vermögen des Unterlegenen aus oder er wird verpflichtet, einen Vermögenswert zu leisten. Die erforderliche Wirkung ist also gegeben. Beispiel: Der besitzende Nichteigentümer einer beweglichen Sache klagt auf Feststellung, daß er Eigentümer sei. Wird der Klage stattgegeben, so scheidet damit der in der Sache verkörperte Wert aus dem Vermögen des Beklagten aus. — Ergeht ein Gestaltungsurteil, so wird eine neue Rechtslage herbeigeführt, die auf Grund des wahren Sachverhalts nicht bewirkt werden dürfte. Die neue Rechtslage kann nun auch auf das Vermögen einwirken. Beispiel: Eine Ehefrau klagt nach § 1418 BGB auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes. Die klagbegründenden Tatsachen sind erlogen. Der Klage wird stattgegeben. Der Mann verliert die Nutznießung und damit ein Recht, das einen Vermögenswert darstellt. — Jede Art von Urteil kann also bewirken, daß aus dem Vermögen des Unterlegenen ein einzelner Wert ausscheidet oder daß er verpflichtet wird, einen Vermögenswert zu leisten. Diese Wirkung ist eine unmittelbare Folge des Urteils, also des Verhaltens des getäuschten Richters; denn zwischen das Urteil und diese Wirkung schiebt sich keine Handlung eines Dritten ein.

Endlich ist noch die Frage zu prüfen, ob nur ein rechtskräftiges Urteil eine Vermögensverfügung darstellt. Das Fehlen der Rechtskraft bedeutet, daß das Urteil anfechtbar ist. Der Unterlegene hat noch die Möglichkeit, ein Rechtsmittel einzulegen und in der höheren Instanz eine andere Entscheidung zu erwirken. Die Wirkung des Urteils ist noch nicht endgültig, noch nicht unwiderruflich. Setzt die Vermögensverfügung voraus, daß ihre Wirkung eine endgültige ist? Frank[10]) und andere meinen, es sei nicht erforderlich, daß eine vollgültige Verfügung getroffen werde; es komme nur darauf an, daß zunächst die Wirkung der Vermögensverfügung eintrete. Dem ist zuzustimmen. Eine endgültige Wirkung ist nicht notwendig. Auch ein nicht rechtskräftiges Urteil kann eine Vermögensverfügung darstellen.

Als Ergebnis ist festzustellen, daß ein sachlich unrichtiges Urteil eine Vermögensdisposition bilden kann. Ob eine solche vorliegt, muß im Einzelfall geprüft werden.

Der Getäuschte und der in seinem Vermögen Geschädigte brauchen nicht eine und dieselbe Person zu sein. Das ist völlig unstreitig. Wohl aber wird in der Lehre eine Ansicht vertreten, nach der der Getäuschte in einem besonderen rechtlichen Verhältnis zu dem Vermögen stehen muß, über das er verfügt: Der Getäuschte müsse zur Verfügung über das fremde Vermögen rechtlich befugt sein.[11]) Binding spricht hier von einer „relativen Identität" zwischen dem Getäuschten und Benachteiligten. Drei Vertreter dieser Ansicht, nämlich Binding[12]), Hegler[13]) und Gerland[14]), sind nun der Meinung, daß auch der Richter zur Verfügung über fremdes Vermögen berechtigt ist und daß ein Zivilurteil deshalb eine Vermögensverfügung darstellt. Sie stimmen also mit der hier befürworteten Auffassung im Ergebnis überein. Eine nähere Prüfung der Frage, ob eine relative Identität erforderlich ist oder nicht, wäre daher insofern nicht nötig. Indessen hat die Annahme des Erfordernisses relativer Identität auch zu dem entgegengesetzten Ergebnis geführt.

Grünhut[15]) versteht unter relativer Identität ein „rechtlich wirksames Vertretungsverhältnis" zwischen dem Verfügenden und dem Geschädigten. Er führt aus: Die typisch prozessualen Wirkungen

---

10) Statt vieler Frank, § 263 Anm. IV.

11) Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht S. 635/36. Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Bes. Teil 1. Bd. S. 344/45. Hegler, Betrug, Vergl. Darst. Bes. Teil VII. Band, S. 430.

12) a. a. O. S. 636 Anm. 3.

13) a. a. O. S. 438.

14) a. a. O. S. 344.

15) Grünhut JW 1025 S. 1498.

eines rechtskräftigen, vollstreckbaren Zivilurteils seien Rechtsvergewisserung und Rechtsverwirklichung (Vollstreckung). Beides zu gewähren, vermöge nur die staatliche Autorität. Nur sie sei befugt, im äußersten Fall die vorenthaltene Rechtserfüllung durchzusetzen. Diese Wirkungen beruhten daher in rechtlicher Beziehung nicht auf Parteihandlungen, eine Partei könne sie nicht hervorbringen. Folglich vertrete der Richter nicht den Willen einer (nämlich der geschädigten) Partei, und die Vorstellung von einer relativen Identität zwischen Richter und Partei sei falsch. Richterliche Urteile seien daher keine Verfügungen über Parteivermögen.[16])

Diese Ansicht kann nicht gebilligt werden. Wenn Getäuschter und Geschädigter verschiedene Personen sind, so braucht der Getäuschte nach herrschender Ansicht[17]) nur die tatsächliche Verfügungsgewalt über den betroffenen Vermögensteil zu besitzen. Es ist nicht erforderlich, daß der Getäuschte zur Verfügung berechtigt ist, insbesondere nicht, daß er Vertreter des Geschädigten ist. Das folgt aus dem Wesen der Vermögensdisposition: Diese ist ein tatsächlicher Eingriff in das eigene Vermögen oder das eines anderen. Weil die Parteien die typisch prozessualen Wirkungen des Zivilurteils selbst nicht hervorbringen können, glaubt Grünhut sagen zu dürfen: das rechtskräftige Zivilurteil sei niemals der tatbestandsmäßige Erfolg einer strafrechtlich relevanten Parteihandlung.[18]) In den meisten Fällen des Betrugs wird es aber gerade so sein, daß der Täuschende selbst nicht das bewirken kann, was der Getäuschte vermag, z. B. die wirksame Übertragung des Eigentums an einer Sache. Die folgerichtige Anwendung dieses Gedankens würde daher zu einer untragbaren Einschränkung des Betrugs führen.

Auch Hamm[19]) erklärt, ein richterliches Urteil sei keine Vermögensverfügung. Die Partei bringe allerdings durch ihre unwahren Behauptungen und falschen Beweismittel einen Irrtum im Geiste des Prozeßrichters hervor, aber sie bestimme ihn nicht durch diesen Irrtum zu einer Willenshandlung, welche die Gegenpartei schädigt, sondern sie bringe den Richter durch den Irrtum zu einer falschen Beurteilung und auf Grund deren zu einer falschen Entscheidung der Sache. Richterliche Urteile seien keine Verfügungen des Richters über das

16) Grünhut, Zur Lehre vom Prozeßbetrug. Rh ZZP 13 S. 148 ff. — JW 25 S. 1498 — JW 1927 S. 905.

17) Frank, Anm. IV; Olshausen-Kirchner § 263 N. 27 b; Ebermayer LK § 263 Anm. 5 b.

18) Rh ZZP 13 S. 151. JW 1925 S. 1498.

19) Hamm, Betrug gegen den Prozeßgegner durch Täuschung des Richters. DJZ 1908 Sp. 1020 f.

Vermögen einer Partei. Auch diese Meinung ist abzulehnen. Gewiß bewirkt der Irrtum zunächst eine falsche rechtliche Beurteilung. Aber das auf dieser falschen Beurteilung beruhende Urteil greift unmittelbar in den Vermögensstand der unterliegenden Partei ein und ist demnach auch eine Vermögensverfügung.

II. Besteht zwischen dem Irrtum des Richters und dem eine Vermögensverfügung darstellenden Urteil Kausalzusammenhang? Diese Frage kann nicht einheitlich beantwortet werden. Ihre Lösung hängt von zwei Umständen ab: von dem Inhalt der falschen Vorstellung und von prozessual erheblichen Handlungen einer Partei, die der Vorstellungsbildung des Richters vorhergingen. Berücksichtigt man beide Umstände, so kann man verschiedene Fälle des richterlichen Irrtums unterscheiden. Diese sind dem Leser nicht neu: es sind die gleichen Fälle, die bei der Darstellung des Irrtums (§ 3 II) als Folgen der verschiedenartigen Täuschungshandlungen festgestellt wurden. Wir müssen daher an die oben gewonnenen Ergebnisse anknüpfen.

A. Der Richter kann davon überzeugt sein, daß eine — in Wirklichkeit bewußt unwahre — Behauptung wahr sei. Hier ist wieder von Bedeutung, ob die Gegenpartei die Behauptung bestritten hat und der Richter folglich zur Prüfung ihrer Wahrheit verpflichtet war oder nicht.

1. Betrachten wir zunächst die Fälle, wo die Gegenpartei bestritten hat. Der Richter hält vom Kläger behauptete unwahre klagbegründende Tatsachen oder solche, die eine Gegeneinrede begründen, für wahr. Oder der Richter ist davon überzeugt, daß vom Beklagten vorgebrachte unwahre rechtshindernde, rechtsvernichtende oder solche Tatsachen, auf die er eine Einrede (im Sinne des BGB) stützt, der Wirklichkeit entsprechen (vgl. § 3 I A 1 a und b). Dieser Irrtum des Richters ist Ursache der sachlich falschen Entscheidung. Wäre der Richter nicht von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen überzeugt gewesen, so hätte er sie bei der Anwendung der in Frage kommenden Rechtssätze auf den Sachverhalt nicht berücksichtigt. Dementsprechend wäre das entgegengesetzte (und richtige) Urteil ergangen.

Dieses Ergebnis hat für die Fälle Widerspruch gefunden, in denen der Irrtum des Richters durch unwahre, durch Beweismittel nicht unterstützte Behauptungen verursacht worden ist. Wie schon oben (§ 3 II A) berichtet wurde, handelt nach einer verbreiteten Ansicht der Richter dann pflichtwidrig, wenn er einem solchen Vorbringen glaubt. Hiervon ausgehend hat das Reichsgericht in einer viele Jahrzehnte langen Rechtsprechung folgenden Rechtssatz angewendet: Glaubt der Richter einem unwahren durch Beweismittel nicht unterstützten Vor-

bringen, so ist der Vermögensschaden nicht durch die Täuschung des Richters, sondern durch sein pflichtwidriges Verhalten verursacht.[1]) Die gleiche Meinung ist auch von Wach[2]), Schwartz[3]) und Olshausen-Kirchner[4]) vertreten worden. Während das Reichsgericht und die genannten Schriftsteller die Kausalität des Irrtums ohne jede Begründung leugneten, ist Ebermayer[5]) näher darauf eingegangen: Für den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Täuschung des Richters und der Beschädigung des Vermögens der Parteien seien die Normen des öffentlichen Rechts maßgebend. Deren Verletzung durchbreche den Kausalzusammenhang. Die Wirkung der Täuschung trete alsdann hinter die Willkür des Getäuschten derart zurück, daß sie auch nicht einmal als mitwirkende Ursache anzusehen und die Sachlage so zu beurteilen ist, als ob der Erfolg auch ohne die Täuschung durch die Gesetzesüberschreitung herbeigeführt wäre. Einseitiges Parteivorbringen enthalte daher, wenn es prozeßwidrig den Feststellungen zugrunde gelegt werde, keinen Betrug durch Vermittlung des Prozeßrichters.

Die vorgetragene Ansicht ist aus zwei Gründen unrichtig. Zunächst handelt der Richter nicht pflichtwidrig, wenn er einem durch Beweismittel nicht unterstützten Vorbringen glaubt. Das wurde oben (§ 3 II A) eingehend dargelegt. Aber auch dann, wenn das Verhalten des Richters wirklich pflichtwidrig wäre, würde der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen. Hätte der Richter der unwahren Behauptung nicht geglaubt, so wäre auch eine unrichtige, das Vermögen des Unterlegenen schädigende Entscheidung nicht ergangen. Nach der Bedingungstheorie könnte auch ein pflichtwidriges Verhalten des Richters den ursächlichen Zusammenhang nicht unterbrechen. Durch die Anwendung des oben angeführten Satzes hat sich das Reichsgericht in Widerspruch zu seiner eigenen Kausalitätstheorie gesetzt. Darauf haben Frank[6]) und andere[7]) hingewiesen. Neuerdings hat das Reichsgericht diese Rechtsansicht aufgegeben. In mehreren Entscheidungen[8]) weist es eingehend nach, daß eine etwaige Pflichtwidrigkeit des Richters der Annahme des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Irrtum und Vermögensverfügung nicht entgegensteht.

---

1) RGSt 1, 227; 5, 321 (324); 16, 193 (194); 29, 291 (292); 36, 86; 36, 114 (118).
2) Wach, Grundfragen und Reform .. S. 32.
3) Schwartz, § 263 Note 7 f.
4) Olshausen-Kirchner § 263 N. 40 A a.
5) Ebermayer L.K. § 263 Note 5 d.
6) Frank, Kommentar § 263 VI 2 a und ZStW 12 S. 320.
7) Philipsborn, a. a. O. S. 198; Wurzer, a. a. O. S. 502; Binding, a. a. O. S. 350 Note 2.
8) RGSt 69, 44; DJ 1935 II S. 1741 = JW 1936 S. 196, 19; JW 1937 S. 2391.

2. Anders gelagert sind die Fälle, in denen die Behauptung einer Partei von der Gegenpartei nicht bestritten worden ist. Auch hier ist ein Tatsachenirrtum des Richters möglich. Das wurde oben (§ 3 I A 2) nachgewiesen. Inhalt der falschen Vorstellung ist der, daß die unwahre Behauptung des Klägers oder des Beklagten der Wahrheit entspricht. Ist dieser Irrtum Ursache des sachlich unrichtigen Urteils?

Um dies festzustellen, muß man den Irrtum fortdenken. Ergeht trotz des fehlenden Irrtums das gleiche sachlich unrichtige Urteil, so ist der Irrtum nicht Ursache der Entscheidung. Denkt man sich nun den Irrtum fort, so sind durchaus verschiedene Sachlagen möglich: a) Der Richter kann die (richtige) Vorstellung haben, die (nicht bestrittene) Behauptung entspreche nicht der Wahrheit. b) Der Richter kann im Zweifel darüber sein, ob das Vorbringen wahr sei oder nicht. c) Der Richter kann sich gar keine Gedanken über die Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung machen. Dann hat der Richter also überhaupt keine Vorstellung von der Wahrheit der Behauptung. Auch dieser Fall ist möglich. Denn der Richter ist dann nicht zur Prüfung der Wahrheit einer Behauptung verpflichtet, wenn diese von der Gegenpartei nicht bestritten wurde (vgl. obenen § 3 I A 2). Wie entscheidet nun der Richter in diesen drei möglichen Fällen? — Der erste Fall (a) wirft nun seit der gesetzlichen Feststellung der Wahrheitspflicht eine Frage auf, deren Lösung sehr umstritten ist. Darf der Richter eine nicht bestrittene und daher nicht beweisbedürftige Behauptung auch dann seinem Urteil zugrunde legen, wenn diese Behauptung nach seiner Überzeugung subjektiv unwahr ist? Diese Frage muß verneint werden. Durch § 138 Abs. 1 ZPO sind die Parteien gesetzlich verpflichtet, ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände der Wahrheit gemäß abzugeben. Verstößt eine Partei gegen diese Rechtspflicht, so handelt sie rechtswidrig. Würde der Richter nun mit Wissen seiner Entscheidung eine bewußt unwahre Behauptung zugrunde legen, so würde er, der doch Recht sprechen soll, sein Urteil wissentlich auf eine Rechtswidrigkeit aufbauen. Das darf nicht geschehen. Außerdem stellt jedes Urteil — insbesondere wenn es rechtskräftig geworden ist — für die obsiegende Partei einen Vorteil gegenüber dem bisherigen Zustand des Streits um das Recht dar. Dieser Vorteil darf einer Partei aber nicht auf Grund ihres rechtswidrigen Verhaltens gewährt werden. „Auf die Prozeßlüge kann eben heute keine Partei mehr prozessuale Rechte stützen."[9]) Eine bewußt unwahre Behauptung darf der Richter seinem Urteil nicht zugrunde legen. So darf er insbesondere kein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erlassen, wenn das Vorbringen des Klägers bewußt unwahr ist. Entspre-

9) Rietzsch, DStR 1934 S. 13.

chendes gilt auch für unwahre nicht bestrittene (§ 138 Abs. 3 ZPO) und zugestandene Tatsachen (§ 288 ZPO). Diese Ansicht kann schon als die vorherrschende bezeichnet werden.[10]) Anderer Meinung sind Titze[11]), Koffka[12]) und Lorenz[13]). Titze[11]) führt aus: Die von ihm angegriffene Ansicht verlange die Ignorierung der unwahren Behauptung nicht deshalb, weil die Partei gelogen habe, sondern wegen der Unrichtigkeit als solcher, mit anderen Worten: die Ignorierung müßte auch dann Platz greifen, wenn die Partei in gutem Glauben eine unwahre Behauptung aufgestellt habe. Es handele sich also nicht um das Problem der Wahrheitspflicht und deren Konsequenzen, sondern um die alte Frage nach der Verwertbarkeit privaten Wissens des Richters. — Die Frage, ob der Richter eine nicht beweisbedürftige unbewußt unwahre Behauptung der Partei seinem Urteil zugrunde legen darf, interessiert hier nicht. Nach der hier vertretenen Ansicht soll nur das bewußt unwahre Vorbringen unbeachtet bleiben. Es handelt sich hier also doch um eine Konsequenz der Wahrheitspflicht. Weiterhin wird nach der hier vertretenen Meinung auch nicht die Verwertbarkeit des privaten Wissens des Richters befürwortet, denn die Überzeugung von der Unwahrheit einer Behauptung kann der Richter aus einer vorhergehenden Verhandlung und Beweisaufnahme gewonnen haben.[14])

Wir sind daher zu folgendem Ergebnis gekommen: Hat der Richter die Vorstellung, eine nicht bestrittene Behauptung entspreche nicht der Wahrheit, so wird er diese seinem Urteil nicht zugrunde legen. Sind die angeführten Tatsachen für die rechtliche Würdigung erheblich (rechtsbegründend, -hindernd oder -vernichtend), so wird ein Urteil ergehen, das einen Gegensatz zu der unrichtigen Entscheidung bildet, die der Richter gefällt hätte, wenn er die unwahren Tatsachen als wahr angesehen hätte (Fall a).

Im zweiten Fall (b) ist es dem Richter ungewiß, ob das nicht bestrittene Vorbringen wahr ist oder nicht. Bei dieser Sachlage muß er die nicht bestrittenen Tatsachen seinem Urteil zugrunde legen. Die gegenteilige Ansicht hätte die Konsequenz, daß der Richter nur auf solchen unbestrittenen Tatsachen ein Urteil gründen dürfte, von deren subjektiver Wahrheit er überzeugt wäre. Damit würde den Parteien der Beweis für die subjektive Wahrheit unstreitiger Tatsachen aufge-

---

10) Gaupp-Stein-Jonas, Vorbem. III 4 vor § 128; § 138 I; § 288 III; § 331 II 2; Baumbach § 138 Anm. 1 I B a; Staud DJ 1933 S. 603; Rietzsch DStR 1934 S. 13; Welzel a. a. O. S. 16/17; Rosenberg ZZP 58 S. 291.

11) Titze a. a. O. S. 175/76.

12) Koffka a. a. O. S. 47.

13) Lorenz JW 1934 S. 875.

14) Vgl. auch Gaupp-Stein-Jonas § 331 II 2 a. E.

bürdet, ein Beweis, welcher noch schwerer zu führen ist als der für die objektive Richtigkeit. Zu dieser Annahme gibt die Zivilprozeßordnung aber keinen Anhalt. Die oben genannten Schriftsteller verlangen die Nichtberücksichtigung unstreitiger Tatsachen auch nur für den Fall, daß der Richter von ihrer bewußten Unwahrheit überzeugt ist. Ist der Richter also hinsichtlich der subjektiven Wahrheit der unbestrittenen Tatsachen im Zweifel, so ergeht dasselbe falsche Urteil, wie wenn er — irrtümlich — von der subjektiven Wahrheit überzeugt gewesen wäre.

Hat sich der Richter endlich gar keine Gedanken über die Wahrheit oder Unwahrheit der nicht bestrittenen Behauptungen gemacht, so muß er diese ebenfalls für das Urteil berücksichtigen. Der Richter ist zur Prüfung der subjektiven Wahrheit nicht verpflichtet. Und von seinem Belieben, über die Wahrheit der hier behandelten Tatsachen nachzudenken, kann es nicht abhängig sein, ob diese Tatsachen berücksichtigt werden oder nicht. Auch in diesem Fall ergeht die gleiche unrichtige Entscheidung, wie sie auch gefällt würde, wenn der Richter bezüglich der subjektiven Wahrheit im Zweifel oder von ihr überzeugt wäre, also dasselbe Urteil wie im Fall des Irrtums.

Aus all dem folgt: Unstreitige Tatsachen werden für die Entscheidung nur dann nicht berücksichtigt, wenn der Richter von ihrer bewußten Unwahrheit überzeugt ist. Umgekehrt: Sie werden immer dann berücksichtigt, wenn dem Richter diese Überzeugung fehlt. Voraussetzung für ihre Verwendung ist also, daß eine bestimmte Vorstellung fehlt, nicht aber, daß eine bestimmte Vorstellung vorhanden ist. Nur wenn wir den Mangel der Überzeugung von ihrer subjektiven Unwahrheit fortdenken, werden die — in Wirklichkeit unwahren — unstreitigen Tatsachen nicht berücksichtigt und ergeht keine sachlich falsche, sondern eine richtige Entscheidung. Bedingung des unrichtigen Urteils ist also das Fehlen der Überzeugung des Richters, daß die vorgebrachten unstreitigen Tatsachen bewußt unwahr sind. Bedingung ist also nicht die irrtümliche Annahme der subjektiven Wahrheit. Ein solcher Irrtum des Richters ist daher nicht Ursache der eine Vermögensverfügung darstellenden unrichtigen Entscheidung.

B. Der Richter kann davon überzeugt sein, daß die von einer Partei behaupteten — in Wirklichkeit wahren — Tatsachen der Wahrheit nicht entsprechen (vgl. § 3 I B). Dieser Irrtum ist die Folge eines Bestreitens wider besseres Wissen, das unter Umständen auch noch ein Verschweigen trotz Offenbarungspflicht enthalten kann (vgl. § 3 I C 1). Dann werden diese Tatsachen nicht berücksichtigt und das Urteil entspricht nicht der materiellen Rechtslage. Um die Ursächlichkeit dieses

Irrtums festzustellen, muß man prüfen, ob dasselbe unrichtige Urteil auch dann ergehen könnte, wenn der Irrtum nicht vorläge. Bestrittene Tatsachen werden nur dann Grundlage des Urteils, wenn sie bewiesen sind, d. h. wenn dem Richter die Überzeugung ihrer Wahrheit verschafft worden ist. Sie werden also auch dann n i c h t berücksichtigt, wenn der Richter weder von ihrer Wahrheit noch von ihrer Unwahrheit überzeugt ist. Hatte die Gegenpartei nun wahrheitswidrig bestritten, so ergeht das gleiche unrichtige Urteil, wie es auch gefällt werden würde, wenn der Richter von der Unwahrheit der — in Wirklichkeit wahren — Tatsachen überzeugt wäre. Bedingung der unrichtigen Entscheidung ist daher der M a n g e l der Überzeugung des Richters von der Wahrheit der (wahren) Tatsachen. Die irrtümliche Annahme des Richters, daß die (wahren) Tatsachen der Wirklichkeit nicht entsprechen, ist daher n i c h t Bedingung des unrichtigen Urteils. Zwischen diesem Irrtum und der eine Vermögensverfügung darstellenden Entscheidung besteht daher kein ursächlicher Zusammenhang.[15])

C. Der Richter kann eine falsche Vorstellung des Inhalts haben, daß der Sachverhalt vollständig vorgebracht worden sei, während in Wirklichkeit für das Gesamtergebnis erhebliche Tatsachen nicht behauptet worden sind. In diesen Irrtum gerät der Richter dann, wenn der Beklagte infolge Unkenntnis etwa gegebene rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen nicht vorträgt und der Kläger der Offenbarungspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO nicht genügt (vgl. § 3 I C 2). Legt der Richter diese Tatsachen seiner Entscheidung nicht zugrunde, so ergeht ein sachlich unrichtiges Urteil. Ist der oben näher bezeichnete Irrtum Ursache dieses Urteils? Um dies festzustellen, muß man sich die gleiche Sachlage nur mit Ausnahme des Irrtums vorstellen. Dent man sich den Irrtum hinweg, so ist nicht nur eine Sachlage möglich: Einmal weiß der Richter, daß der Vortrag der Parteien unvollständig ist, er kennt die gegebenen rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Tatsachen. Nach dem Verhandlungsgrundsatz bildet n u r das von den Parteien Vorgetragene die Grundlage des Urteils.[16]) Hiernach darf der Richter die ihm bekannten Einwendungstatsachen gar nicht berücksichtigen, und es ergeht das gleiche unrichtige Urteil wie beim Irrtum über die Vollständigkeit des Sachvortrags. Dann ist der Irrtum nicht Bedingung des unrichtigen Urteils, und ursächlicher Zu-

15) Um dieses Ergebnis zu vermeiden, meint Koffka a. a. O. S. 49, die Ungewißheit über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache müsse dem Irrtum dort gleichstehen, wo sie Grundlage für eine Vermögensverfügung bildet, die bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht erfolgt wäre.

16) Gaupp-Stein-Jonas Vorbem. II 2 v. § 128.

sammenhang ist nicht gegeben. Hier könnte man vielleicht einwenden, auf Grund des pflicht- und rechtswidrigen Verhaltens des Klägers sei der Richter nicht mehr an den Verhandlungsgrundsatz gebunden. Um Recht zu sprechen, dürfe er in einem so gelagerten Fall auch Tatsachen berücksichtigen, die von keiner Partei vorgetragen sind. Dann würde die sachlich richtige Entscheidung ergehen. Diese Ansicht ist sehr bedenklich. Sie gestattet dem Richter die Verwendung seines privaten Wissens. Damit wird die Trennung zwischen Richter und Zeuge aufgehoben, was nicht immer der Findung der Wahrheit dienen würde. Das private Wissen braucht nicht immer der Wirklichkeit zu entsprechen. Indessen ist die Beantwortung der Frage, ob dem Richter in einem Falle wie dem vorliegenden die Verwendung seines privaten Wisens zu gestatten sei, gar nicht entscheidend. Wenn man sie auch bejahen wollte, so wäre der ursächliche Zusammenhang zwischen Irrtum und unrichtigem Urteil doch zu verneinen. Dies wird im folgenden nachgewiesen. Es wird unterstellt, der Richter dürfe unter Umständen auch sein privates Wissen verwenden.

Nun ist der Fall zu untersuchen, wo der Richter sowohl an der Vollständigkeit wie an der Unvollständigkeit des vorgetragenen Sachverhalts zweifelt. Eine Befragung der Parteien im Rahmen des § 139 ZPO hat diesen Zweifel nicht verschwinden lassen. Auch in diesem Fall muß der Richter entscheiden. Das non liquet berechtigt ihn nicht, das Urteil zu versagen. Seine Ungewißheit kann nun so sein, daß er ganz allgemein von der Vollständigkeit des vorgetragenen Sachverhalts nicht überzeugt ist. Dann wird er dennoch den Sachverhalt dem Urteil zugrunde legen müssen, denn er darf doch nicht irgendwelche Tatsachen aus der Luft greifen und verwenden. Oder aber er hält eine bestimmte rechtshindernde Tatsache für möglich, ist aber von ihrer Wahrheit nicht überzeugt. Dann darf er ebenfalls nur die vorgetragenen Tatsachen berücksichtigen. In beiden Fällen ergeht das gleiche sachlich falsche Urteil, wie wenn er die Vollständigkeit irrtümlich angenommen hätte. Bedingung der falschen Entscheidung ist daher der Mangel der Überzeugung von der Unvollständigkeit der Behauptungen[17]) und der Kenntnis der noch zu ergänzenden Tatsachen, nicht aber die irrtümliche Annahme der Vollständigkeit des Sachverhalts. Es besteht daher kein ursächlicher Zusammenhang.[18])

---

17) Das gilt aber nur dann, wenn man unterstellt, der Richter dürfe sein privates Wissen verwenden.

18) Anderer Ansicht Bell, a. a. O., S. 37/38.

§ 5. Der Vermögensschaden.

Die Vermögensverfügung muß einen Vermögensschaden verursacht haben. „Vermögen" hatten wir definiert als die Gesamtheit aller geldwerten Güter einer Person. Faßt man nun das Vermögen als eine Gesamtheit, Summe oder einen Inbegriff auf, dann muß bei der Feststellung des Vermögensschadens auch diese Summe oder Gesamtheit betrachtet werden. Der Schaden bezieht sich auf die Gesamtheit. Vermögensschaden ist daher die Verminderung des Gesamtwertes der geldwerten Güter einer Person.[1]) Es sind nun immer sämtliche Wirkungen des Irrtums zu untersuchen, wenn man den Vermögensschaden feststellen will. Wenn jemand einen anderen durch Täuschung veranlaßt, eine Ware zum gerechten Preis zu kaufen, so wird das Vermögen des Getäuschten zunächst insofern vermindert, als er das Geld hingibt. Diese Einbuße wird aber dadurch wieder ausgeglichen, daß er ein Äquivalent erhält. Es ist also immer zu prüfen, ob der Vermögensminderung eine Erhöhung gegenübersteht. Nur wenn die erstere die letztere übersteigt, liegt ein Vermögensschaden vor.[2])

Das eine Vermögensverfügung darstellende unrichtige Urteil bewirkt nun — soll Betrug vorliegen — den Verlust eines einzelnen Vermögenswertes oder die Entstehung einer Schuld. Auch dieser Minderung des Vermögens kann eine Vermehrung gegenüberstehen. Es ist z. B. folgender Fall denkbar: Der Kläger spiegelt den Abschluß eines Kaufvertrages vor, wonach ein durchaus angemessener Preis vereinbart ist. Der Beklagte kann die Ware auch ohne irgendeine Einbuße verwenden. Der Kläger beantragt, den Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Lieferung der Ware zu verurteilen. Das Urteil entspricht dem Antrag. Hier wird das Vermögen des Beklagten nicht geschädigt, weil er für das Geld ein Äquivalent erhält. Es ist also auch beim Betrug im Erkenntnisverfahren zu prüfen, ob eine Vermögensverminderung nicht durch eine Vermehrung ausgeglichen wird. Nur wenn dies nicht der Fall ist, liegt ein Vermögensschaden vor.

Wann ist nun der Vermögensschaden vollendet? Die Wirkung des Urteils, daß jemand einen Wert verliert, bzw. daß er einen solchen leisten muß, tritt endgültig erst mit der Rechtskraft ein. Bis dahin kann die unterlegene Partei das Urteil noch mit einem Rechtsmittel anfechten, und seine benachteiligende Wirkung ist erst eine vorläufige. Der Vermögensschaden ist daher grundsätzlich erst mit der Rechts-

1) Frank § 263 V 4.
2) RGSt 16, 1.

kraft des unrichtigen Urteils eingetreten.[3]) Bewirkt nun ein noch nicht rechtskräftiges, aber vorläufig vollstreckbares Urteil einen Vermögensschaden? Ein solches Urteil stellt ohne weiteres eine Gefährdung des Vermögens des Geschädigten dar. Hier ist die Gefahr des Verlustes des einzelnen Vermögenswertes bereits so groß, daß das Vermögen des Unterlegenen als verringert erscheint; denn die Vollstreckung kann jeden Tag stattfinden. Hat die Vermögensgefährdung einen solchen Grad angenommen, so stellt sie nach herrschender Ansicht[4]) bereits einen Vermögensschaden dar. Auch das vorläufig vollstreckbare unrichtige Urteil bewirkt daher einen Vermögensschaden.[5])

§ 6. Der subjektive Tatbestand.

Der subjektive Tatbestand des Betrugs besteht aus dem alle objektiven Tatbestandsmerkmale umfassenden Vorsatz und der „Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen". Der Betrug im Erkenntnisverfahren erfordert zunächst das Bewußtsein, durch wahrheitswidriges Behaupten, Bestreiten oder Verschweigen einen Irrtum des Richters zu erregen. Weiterhin ist das Bewußtsein notwendig, durch diesen Irrtum den Richter zu einem sachlich unrichtigen Urteil zu veranlassen, das einen Vermögensschaden nach sich zieht; zu diesem Bewußtsein muß noch ein Wille gleichen Inhalts hinzutreten. Beim Betrug im allgemeinen genügt auch bedingter Vorsatz (dolus eventualis).[1]) Beim Betrug im Erkenntnisverfahren hingegen kann dies nur mit einer Einschränkung gelten: Wer es nur für möglich hält, daß sein Behaupten oder Bestreiten wahrheitswidrig ist, begeht keinen Betrug; denn er handelt nicht rechtswidrig[2]) und damit auch nicht schuldhaft.

Ferner muß der Täter wissen, daß der von ihm erstrebte Vermögensvorteil ein rechtswidriger ist. Hier genügt ebenfalls bedingter Vorsatz. Das Erfordernis der auf Erlangung eines Vermögensvorteils gerichteten Absicht bedeutet, daß die Vorstellung, einen Vermögensvorteil zu bekommen, den Täter zu seinem Verhalten bestimmt hat[3]), sie muß der Beweggrund der Tat sein. Bei Ehescheidungsklagen ist dies häufig nicht der Fall.[4])

---

3) Ebenso Ganske a. a. O. S. 80 f.; Michel a. a. O. S. 42; Schütz a. a. O. S. 24/5; Jeremias a. a. O. S. 40, 42.
4) Z. B. Ebermayer LK § 263 Anm. 6 1.
5) Wie Anm. 3.

1) Frank § 263 Anm. VII 2; Ebermayer § 263 Anm. 9.
2) Dieser Satz ist oben § 2 I S. 12 f. und § 2 II 1 S. 15 ausführlich dargelegt und begründet worden.
3) Frank § 263 Anm. VII 3.
4) Ganske a. a. O. S. 86.

§ 7. Der Versuch.

§ 43 Abs. 1 StGB stellt für das Vorliegen eines strafbaren Versuchs drei Erfordernisse fest:

1. den „Anfang der Ausführung" eines Verbrechens oder Vergehens,
2. die Nichtvollendung dieses Verbrechens oder Vergehens und
3. den „Entschluß", das angefangene Delikt zu vollenden.

Ausführung ist nach herrschender Ansicht[1]) die allgemeine Bezeichnung der in den einzelnen Delikten enthaltenen Tatbestandshandlungen. Ausführen heißt danach: eine Tatbestandshandlung vornehmen. Anfang der Ausführung ist jede Handlung, die wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit einer Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteil erscheint.[2]) Beim Betrug ist nun die Täuschung Tatbestandshandlung. Als Anfang der Ausführung eines Betrugs ist daher die Vornahme einer auf Täuschung gerichteten Handlung erforderlich und ausreichend.[3]) Der „Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben", bedeutet, daß der zu dem jeweiligen Delikt gehörende Vorsatz, hier also der Betrugsvorsatz, erforderlich ist. Beim Betrugsversuch muß aber außerdem noch die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, hinzukommen. Wann liegt nun im Erkenntnisverfahren versuchter Betrug vor?

I. Jede bewußt unwahre Behauptung einer Partei oder ihres Prozeßvertreters ist eine Vorspiegelung falscher Tatsachen. Hierbei ist es gleichgültig, ob das unwahre Vorbringen durch Beweismittel unterstützt ist oder nicht. (Dies wurde oben — § 2 I — nachgewiesen.) Eine solche unwahre Behauptung ist daher eine auf Täuschung gerichtete Handlung und enthält folglich einen Anfang der Ausführung des Betrugs.

Eine ausreichende Versuchshandlung stellt zunächst jede bewußt unwahre Behauptung in der mündlichen Verhandlung dar. Auf Grund der obigen Ausführungen möchte man ohne weiteres annehmen, daß auch eine unwahre Behauptung in der Klageschrift oder einem vorbereitenden Schriftsatz einen Anfang der Ausführung darstellt. Hier herrscht jedoch Streit. Rietzsch[4]) meint, die Verletzung der Wahrheitspflicht in der Klageschrift oder sonstigen vorbereitenden

1) Frank § 43 Anm. II 2a; Olshausen-Niethammer § 43 N. 18; Lobe L. K. § 43 Anm. 5; Liszt-Schmidt § 31.
2) Frank § 43 Anm. II 2b; RGSt 59, 157.
3) RGSt 28, 144; 64, 130 (131); 70, 151 (157). Ähnlich Frank § 263 Anm. VIII.
4) Rietzsch DStR 1934 S. 18.

Schriftsätzen sei mit dem Zeitpunkt der Mitteilung des Schriftsatzes als Anfang der Ausführungshandlung anzusehen. Dagegen ist Welzel[5]) der Ansicht, die Klageschrift und die vorbereitenden Schriftsätze seien nur Vorbereitungshandlungen, da nicht sie, sondern nur das, was die Partei in der mündlichen Verhandlung vortrage und aufrecht erhalte, die Grundlage der richterlichen Prüfung werde. Die Ansicht von Welzel ist abzulehnen. Für die Feststellung, ob hier ein Anfang der Ausführung oder nur eine Vorbereitungshandlung vorliegt, ist nur diese eine Erwägung ausschlaggebend: Stellt die Lüge in der Klageschrift oder einem vorbereitenden Schriftsatz im Zeitpunkt der Mitteilung eine auf Täuschung gerichtete Handlung dar? Diese Frage ist zu bejahen. Folglich ist jede bewußt unwahre Behauptung in der Klageschrift oder in einem vorbereitenden Schriftsatz im Zeitpunkt ihrer Mitteilung ein Anfang der Ausführung des Betrugs. Welzel begründet seine abweichende Ansicht mit dem im Zivilprozeß geltenden Grundsatz der Mündlichkeit. Dieser lautet: Nur das mündliche Vorbringen der Parteien in der Verhandlung darf vom erkennenden Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt werden. Daraus folgt, daß eine Lüge in der Klageschrift oder in einem vorbereitenden Schriftsatz nicht dazu ausreicht, ein falsches Urteil herbeizuführen. Ist dies aber überhaupt erforderlich, um von einem Anfang der Ausführung des Betrugs sprechen zu können? § 43 StGB verlangt gerade nicht, daß der Täter alles getan hat, was zur Herbeiführung des Erfolges erforderlich ist. Es ist eben nur ein Anfang der Ausführung erforderlich. Beim Mordversuch genügt schon das Anlegen des Gewehrs. Daß der Täter noch mehr tun muß, um den Erfolg zu bewirken, ist also unerheblich. Daher ist es auch für die Frage des Versuchs bedeutungslos, daß der Täter entweder wegen des Mündlichkeitsprinzips den Inhalt des Schriftsatzes in der Verhandlung mündlich vortragen oder bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 137 Abs. 3 ZPO zumindest auf den Schriftsatz Bezug nehmen muß, wenn die darin enthaltenen Behauptungen Grundlage der Entscheidung werden sollen. Die Begründung von Welzel vermag daher nicht, seine abweichende Ansicht zu rechtfertigen.

Liegt außer einer bewußt unwahren Behauptung in der mündlichen Verhandlung oder in der (mitgeteilten) Klageschrift oder einem (mitgeteilten) vorbereitenden Schriftsatz noch der gesamte subjektive Tatbestand des Betrugs vor, so sind schon die Voraussetzungen des Versuchs gegeben.

Einer besonderen Betrachtung bedürfen noch die Fälle, in denen die eine Partei die unwahren Behauptungen nicht bestreitet.

---

5) Welzel a. a. O. S. 24.

Ein solches Vorbringen braucht der Richter nicht auf seine Wahrheit zu prüfen. Es wird unmittelbar Grundlage der Entscheidung (§§ 288, 138 Abs. 3, 331 Abs. 1 ZPO). Es ist möglich, daß der Richter das unwahre Vorbringen für wahr hält. Jedenfalls ergeht auf der Grundlage der unwahren Behauptung eine sachlich unrichtige Entscheidung. Damit sind folgende Tatbestandsmerkmale des Betrugs gegeben: die Vorspiegelung falscher Tatsachen, die Vermögensverfügung, der Vermögensschaden. Der Irrtum kann vorliegen, nämlich dann, wenn der Richter dem unwahren Vorbringen geglaubt hat; in diesem Fall ist der Irrtum aber nicht Ursache des eine Vermögensverfügung darstellenden unrichtigen Urteils (vgl. § 4 II 2). Ist diese Handlung strafbar? Welche Form strafrechtlich erheblichen Verhaltens liegt vor?

Es wird vorausgesetzt, daß der Täter den gesamten subjektiven Tatbestand des Betrugs verwirklicht; insbesondere hat er die Vorstellung und den Willen, daß er durch sein täuschendes Verhalten den Richter irreführt und daß dessen Irrtum das falsche Urteil verursacht. — Vollendeter Betrug scheidet aus, weil nicht alle objektiven Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB verwirklicht sind. Die Frage, ob in solchen Fällen Versuch vorliegt, ist verschieden beantwortet worden. Zwei Meinungen stehen sich gegenüber.

Nach der objektiven Theorie[6]) handelt es sich gar nicht um einen Versuch. Frank[7]) führt aus: Zum Versuch gehöre das Ausbleiben des vorausgesetzten tatbestandsmäßigen Erfolges. Erfolg im Sinne des Gesetzes sei das durch die Handlung herbeizuführende Ereignis, das nach dem gesetzlichen Deliktsbegriff zum objektiven Tatbestand gehöre; beim Betrug sei es die Vermögensbeschädigung. Fehle an dem Tatbestand nicht der Erfolg, sondern etwas anderes, dessen Vorliegen der Täter irrtümlich annahm, so spreche man von Mangel am Tatbestand. Dieser bleibe straflos. Nach dieser Lehre stellen die hier zu prüfenden Fälle unternommener Täuschung des Richters Beispiele des Mangels am Tatbestand dar. Der Erfolg, nämlich die Vermögensbeschädigung, die beim Versuch fehlen müßte, liegt gerade vor. Dagegen fehlt meistens ein anderes Tatbestandsmerkmal: der Irrtum, und wenn dieses gegeben ist, der Kausalzusammenhang zwischen Irrtum und unrichtigem Urteil. Das Vorhandensein dieser Tatbestandsmerkmale nimmt der Täter aber irrtümlich an (nach Voraussetzung). Die hier zu prüfenden Fälle tragen also die Kennzeichen des Mangels am Tatbestand.

---

6) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand vertreten z. B. Frank § 43 Anm. I; Lobe L. K. § 43 Anm. 11; Liszt-Schmidt I S. 311; Olshausen § 43 Anm. 20.

7) Frank § 43 Anm. I.

Nach der subjektiven Theorie ist ein strafbarer Versuch anzunehmen, wenn die Handlung nach der Vorstellung des Täters geeignet ist, den Tatbestand eines Delikts zu verwirklichen. Zur Begründung dieser Ansicht bediente sich das Reichsgericht des sog. Umkehrschlusses: „Wie der tatsächliche Irrtum nach § 59 StGB die Schuld ausschließt, so findet er auch umgekehrt zuungunsten des Täters Beachtung, wenn er zur Annahme eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Tatbestandserfordernisses führt."[8]) Nach dieser Meinung handelt es sich bei den hier zu prüfenden Fällen um strafbaren Versuch. Es wurde vorausgesetzt, daß beim Täter der gesamte subjektive Tatbestand des Betrugs vorliegt, insbesondere die Vorstellung, daß er durch sein Verhalten einen Irrtum erregt und daß dieser ein falsches Urteil verursacht. Der Anfang der Ausführung des Betrugs ist in der Vorspiegelung enthalten.

Die subjektive Theorie wurde bisher in ständiger Rechtsprechung vom Reichsgericht vertreten. Sie sieht den Grund der Strafbarkeit in der Betätigung eines verbrecherischen Willens. Bei Berücksichtigung des heute herrschenden Willensstrafrechts wird man — wie Mezger[9]) — die subjektive Versuchstheorie als geltendes Recht betrachten dürfen. Bei den hier untersuchten Fällen handelt es sich daher um versuchten Betrug.

II. Ähnlich gelagert ist die folgende Art von Fällen. Eine Partei hat die wahren Behauptungen der anderen wider besseres Wissen bestritten. Der Richter nimmt irrtümlich an, daß die bestrittenen Behauptungen unwahr sind, oder befindet sich bezüglich deren Wahrheit nur im Zweifel. Da er von der Wahrheit der bestrittenen Behauptungen nicht überzeugt ist, berücksichtigt er sie nicht bei seiner Entscheidung, und es ergeht ein sachlich unrichtiges Urteil. Bei der lügnerischen Partei ist ferner der gesamte subjektive Tatbestand des Betrugs gegeben; sie hat namentlich die Vorstellung und den Willen, daß der Richter durch ihr wahrheitswidriges Bestreiten getäuscht wird und daß dieser Irrtum ein die andere Partei schädigendes Urteil verursacht.

Dieser Sachverhalt enthält die folgenden objektiven Tatbestandsmerkmale: die Unterdrückung wahrer Tatsachen (vgl. § 2 II 1), die Vermögensverfügung und den Vermögensschaden. Wenn der Richter die bestrittenen Behauptungen für unwahr hält, so liegt außerdem noch ein Irrtum vor; dieser ist aber nicht Ursache des eine Vermögensverfügung darstellenden, unrichtigen Urteils (vgl. § 4 II B). Vollendeter Betrug scheidet daher aus.

---

8) RGSt 42, 93.
9) Mezger, Deutsches Strafrecht 1936 S. 44/5.

Nach der objektiven Theorie handelt es sich hier wieder um Mangel am Tatbestand. Denn es fehlt gerade nicht der Erfolg, den hier die Vermögensbeschädigung bildet. Es fehlt entweder der Irrtum, oder, wenn dieser vorliegen sollte, der ursächliche Zusammenhang zwischen Irrtum und Vermögensverfügung. Das Vorhandensein beider Tatbestandsmerkmale nimmt die lügnerische Partei irrtümlich an.

Nach der hier vertretenen subjektiven Theorie handelt es sich um einen strafbaren Versuch. Zunächst liegt objektiv ein Anfang der Ausführung des Betrugs vor. Das Bestreiten wider besseres Wissen ist ein Unterdrücken wahrer Tatachen (vgl. § 2 II 1). Es ist daher eine auf Täuschung gerichtete Handlung und mithin Anfang der Ausführung des Betrugs. Das Delikt ist ferner nicht vollendet, weil nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind. Endlich liegt beim Täter auch der gesamte subjektive Tatbestand des Betrugs vor. Insbesondere ist sein Verhalten nach seiner Vorstellung geeignet, den objektiven Tatbestand des Betrugs zu verwirklichen. Es sind also Erfordernisse gegeben, bei deren Vorhandensein nach der subjektiven Theorie Versuch anzunehmen ist.

Nun erfordert der Betrugsversuch aber nicht, daß objektiv mehr als ein Anfang der Ausführung, also mehr als eine auf Täuschung gerichtete Handlung vorliegt. Versuch ist also auch dann anzunehmen, wenn der Richter noch nicht sachlich unrichtig entschieden hat, wenn er noch nicht getäuscht worden ist. Der Täter braucht nur eine auf Täuschung gerichtete Handlung vorgenommen zu haben. Eine solche stellt aber jedes Bestreiten wider besseres Wissen dar. Dabei ist es gleichgültig, ob die lügnerische Partei in der mündlichen Verhandlung oder in einem Schriftsatz das wahre Vorbringen der anderen bestritten hat. Das Bestreiten wider besseres Wissen ist mehr als eine bloße Vorbereitungshandlung. (Bezüglich der Begründung und der abweichenden Ansicht von Welzel vgl. oben I.)

III. Zu welchen Formen strafbaren Verhaltens führt der Verstoß gegen die Vollständigkeitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO? Er kann bestenfalls folgende Entwicklung bewirken: Der Kläger kommt seiner Mitteilungspflicht nicht nach und verschweigt rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen. Der Richter nimmt irrtümlich an, der Sachvortrag sei „vollständig" i. S. von § 138 ZPO, oder er zweifelt an der Vollständigkeit. Da die rechtshindernden bzw. rechtsvernichtenden Tatsachen gar nicht behauptet worden sind, werden sie für das Urteil nicht berücksichtigt. Demgemäß ergeht eine sachlich unrichtige Entscheidung. Diese schädigt das Vermögen des Beklagten. Der Kläger erfüllt den ganzen inneren Tatbestand des Betrugs; insbesondere hat er die Vorstellung und den Willen, den Richter durch das Ver-

schweigen zu täuschen und durch diesen Irrtum eine unrichtige Entscheidung zu verursachen.

Es liegen folgende objektive Tatbestandsmerkmale vor: die Unterdrückung wahrer Tatsachen (vgl. § 2 II 2), die Vermögensverfügung, der Vermögensschaden. Entweder fehlt der Irrtum oder, wenn er vorhanden ist, der ursächliche Zusammenhang zwischen Irrtum und Vermögensverfügung. Da nicht der gesamte Tatbestand des Betrugs verwirklicht worden ist, kann der oben beschriebene Sachverhalt keinen vollendeten Betrug darstellen.

Nach der objektiven Theorie bildet der Sachverhalt ein Beispiel des Mangels am Tatbestand. Der Erfolg, hier die Vermögensbeschädigung, fehlt gerade nicht, sondern ein anderes Merkmal. Das fehlende Erfordernis — entweder der Irrtum oder der Kausalzusammenhang zwischen diesem und der Vermögensverfügung — wird vom Täter irrtümlich als vorhanden angenommen.

Nach der subjektiven Theorie stellt der Sachverhalt einen strafbaren Versuch dar. Das Verschweigen trotz Rechtspflicht zum Offenbaren ist eine Unterdrückung wahrer Tatsachen (vgl. § 2 II 2), folglich eine auf Täuschung gerichtete Handlung und damit Anfang der Ausführung des Betrugs. Aus dem oben genannten Grunde ist das Delikt nicht vollendet. Der subjektive Tatbestand des Betrugs liegt vor. Das Verschweigen ist nach der Vorstellung des Täters geeignet, den objektiven Betrugstatbestand zu verwirklichen. Mithin sind alle Voraussetzungen gegeben, bei deren Vorhandensein nach der subjektiven Theorie ein Versuch anzunehmen ist.

Der Betrugsversuch erfordert aber nicht, daß so viele objektive Tatbestandsmerkmale vorliegen wie im oben dargestellten Sachverhalt. Der objektive Tatbestand genügt, wenn ein Anfang der Ausführung gegeben ist. Dieser ist aber — wie oben näher ausgeführt wurde — schon in dem Verschweigen trotz der Vollständigkeitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO zu finden. Eine ausreichende Versuchshandlung hat stattgefunden, sobald der Kläger Behauptungen aufstellt, ohne die rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Tatsachen zu erwähnen. Das Verschweigen in der Klageschrift genügt; denn der unvollständige Sachvortrag in der Klageschrift bildet im Zeitpunkt ihrer Mitteilung bereits eine auf Täuschung gerichtete Handlung.

§ 8. Ergebnis.

Eine im Erkenntnisverfahren begangene Vorspiegelung falscher Tatsachen liegt dann vor, wenn eine Partei oder deren Vertreter unwahre Behauptungen aufstellt. Zur Ausführung einer Vorspiegelung

genügt eine bloße unwahre Behauptung; es ist nicht erforderlich, daß die Behauptung durch Beweismittel unterstützt wird. Unter „Behauptung" (im Sinne des Zivilprozeßrechts) ist das Vorbringen von Tatsachen zu verstehen, die eine Rechtsfolge begründen sollen (vgl. oben § 2 I S. 10). Im Zivilprozeß ist nur das Behaupten b e w u ß t unwahrer Tatsachen rechtswidrig. Wer im Prozeß unwahre Tatsachen vorträgt, deren Wahrheit und Unwahrheit er nur für möglich hält, handelt nicht rechtswidrig, sondern rechtsmäßig, und begeht keinen Betrug (vgl. oben § 2 I S. 13).

Eine Unterdrückung wahrer Tatsachen stellt das Bestreiten einer Partei dar, wenn die bestrittene Behauptung der Wahrheit entspricht. Nur das Bestreiten wider besseres Wissen ist rechtswidrig. Wenn die bestreitende Partei die Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Behauptung nur für möglich hält, so handelt sie nicht rechtswidrig und begeht daher keinen Betrug (vgl. oben § 2 II 1 S. 15, 16). — Eine Unterdrückung wahrer Tatsachen liegt auch dann vor, wenn der Kläger es unterläßt, rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen vorzubringen. Die Rechtspflicht zum Handeln ergibt sich aus § 138 I ZPO. Nach dieser Bestimmung ist der Kläger verpflichtet, rechtsverneinende Tatsachen vorzutragen (vgl. oben § 2 II 2 S. 22, 19).

Eine bewußt unwahre Behauptung einer Partei oder ihres Vertreters kann die irrige Überzeugung des Richters verursachen, daß die unwahren Behauptungen wahr seien (vgl. oben § 3 I A S. 24, 25). Im Fall des „simulierten Rechtsstreits" besteht der Irrtum des Richters darin, daß er das Bestehen eines zwischen den Parteien streitigen Rechtsverhältnisses annimmt, das in Wahrheit gar nicht vorliegt (vgl. oben § 3 I A S. 27).

Das Bestreiten wider besseres Wissen kann bewirken, daß der Richter von der Unwahrheit der wahren Behauptungen überzeugt ist (vgl. oben § 3 I B S. 27).

Das Verschweigen rechtsverneinender Tatsachen durch den Kläger kann eine falsche Vorstellung des Richters mit dem Inhalt hervorrufen, daß der Sachverhalt vollständig vorgetragen worden sei, während in Wirklichkeit für das Gesamtergebnis erhebliche Tatsachen unberücksichtigt bleiben (vgl. oben § 3 I C S. 30).

Ein sachlich unrichtiges Urteil kann eine Vermögensverfügung darstellen. Ob eine solche vorliegt, kann nur im Einzelfall entschieden werden (vgl. oben § 4 I S. 38 ff.).

Hält der Richter eine — in Wirklichkeit unwahre — b e s t r i t t e n e Behauptung für wahr, so ist dieser Irrtum Ursache der sachlich unrichtigen Entscheidung (vgl. § 4 II A 1 S. 42). War die unwahre Behauptung hingegen u n s t r e i t i g, so ist der Irrtum des Richters

nicht Ursache der sachlich unrichtigen Entscheidung (vgl. § 4 II A 2 S. 45, 46).

Ist der Richter davon überzeugt, daß die von der einen Partei behaupteten und wahren, von der Gegenpartei aber wider besseres Wissen bestrittenen Tatsachen nicht der Wahrheit entsprechen, so ist dieser Irrtum nicht Ursache des sachlich unrichtigen Urteils (vgl. § 4 II B S. 46, 47).

Nimmt der Richter irrtümlich an, der Sachverhalt sei vollständig vorgebracht worden, während in Wirklichkeit rechtsverneinende Tatsachen unberücksichtigt bleiben, so ist dieser Irrtum nicht Ursache der sachlich unrichtigen Entscheidung (vgl. § 4 II C S. 47 ff.).

Das unrichtige Urteil kann einen Vermögensschaden verursachen. Dieser ist vollendet, wenn das unrichtige Urteil rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist (vgl. § 5 S. 50).

Jede bewußt unwahre Behauptung in der mündlichen Verhandlung, in der Klageschrift oder in einem vorbereitenden Schriftsatz bildet im Zeitpunkt ihrer Mitteilung den Anfang der Ausführung des Betrugs (vgl. § 7 S. 51, 52). — Bleiben bewußt unwahre Behauptungen unstreitig und ergeht daraufhin ein vermögenschädigendes Urteil, so handelt es sich bei Vorliegen des subjektiven Betrugstatbestandes nach der objektiven Theorie um Mangel am Tatbestand, nach der subjektiven Theorie um strafbaren Versuch (vgl. § 7 I S. 52 ff.).

Das Bestreiten wider besseres Wissen in der mündlichen Verhandlung oder in einem vorbereitenden Schriftsatz stellt den Anfang der Ausführung des Betruges dar (vgl. § 7 II S. 55). Ergeht nach diesem Bestreiten ein vermögenschädigendes Urteil und ist der subjektive Betrugstatbestand gegeben, so liegt nach der objektiven Theorie Mangel am Tatbestand und nach der subjektiven Theorie strafbarer Versuch vor (vgl. § 7 II S. 54, 55).

Verschweigt der Kläger rechtsverneinende Tatsachen, so ist dieses Verhalten Anfang der Ausführung des Betrugs. Folgt hierauf ein vermögenschädigendes Urteil und erfüllt der Kläger den subjektiven Tatbestand des Betrugs, so handelt es sich nach der objektiven Theorie um Mangel am Tatbestand und nach der subjektiven Theorie um strafbaren Versuch (vgl. § 7 III S. 55 ff.).

Lebenslauf.

Am 4. September 1914 wurde ich in Kassel als Sohn des Regierungsbausekretärs Robert Eschershausen und dessen Ehefrau Jessy, geb. Sinning, geboren. Mein Vater starb 1917. Im gleichen Jahr zog meine Mutter nach Rotenburg an der Fulda. Ich besuchte dort seit Ostern 1921 eine Privat-Vorschule und von Ostern 1924 an die Höhere Bürgerschule. Von Ostern 1927 ab besuchte ich die Oberrealschule II zu Kassel, wohin meine Mutter inzwischen gezogen war. Ostern 1933 bestand ich an dieser Schule die Reifeprüfung mit „Auszeichnung". Danach nahm ich am Werkhalbjahr teil: vom 19. April bis 15. September 1933 war ich im Arbeitsdienst.

Seit dem 1. Mai 1933 gehöre ich der NSDAP an.

Am 27. Oktober 1933 ließ ich mich an der Universität in Frankfurt am Main immatrikulieren. Am 10. und 12. Dezember 1934 bestand ich eine Ergänzungsprüfung im Lateinischen, das Große Latinum, mit dem Prädikat „gut". Nach dem 7. Studiensemester meldete ich mich zur ersten juristischen Staatsprüfung. Ich legte sie am 26. Juni 1937 vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main ab. Die Note war „gut".

Mitte August begann ich an meiner Dissertation zu arbeiten. Anfang Mai 1938 schloß ich sie ab. Seit dem 1. März 1938 bin ich im Vorbereitungsdienst. Am 14. April 1938 wurde ich zum Gerichtsreferendar ernannt. Zur Zeit bin ich an der Zivilkammer III und an der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Kassel tätig.